

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE ECONOMÍA APLICADA IV

(Economía Política y Hacienda Pública)



TESIS DOCTORAL

**El intercambio de información y el sistema fiscal
internacional después de FATCA: diagnóstico y
perspectivas**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Ignacio Jiménez Macías

DIRECTORA

Yanna Gutiérrez Franco

Madrid, 2017

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO DEPARTAMENTO DE ECONOMÍA
APLICADA IV



TESIS DOCTORAL

El intercambio de información y el sistema fiscal internacional después
de FATCA: diagnóstico y perspectivas

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR AL GRADO DE
DOCTOR PRESENTADO POR

Ignacio Jiménez Macías

Directora

Yanna Gutiérrez Franco

Madrid, 2016

ÍNDICE

SÍNTESIS	11
ABREVIATURAS	13
INTRODUCCIÓN	15
<i>Presentación del problema general</i>	15
<i>Antecedentes</i>	15
<i>Nuestra aportación</i>	17
<i>Actores</i>	18
<i>Relevancia científica y gran transcendencia para la economía internacional</i>	20
<i>Objeto de la tesis</i>	21
<i>Metodología utilizada</i>	21
<i>Precisiones sobre el ámbito de la investigación</i>	23
<i>Estructura</i>	25
CAPÍTULO I: EL MUNDO <i>OFFSHORE</i> Y LA EVASIÓN FISCAL	
INTERNACIONAL: DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA	27
1. EXPRESIÓN DE LA EVASIÓN FISCAL: APROXIMACIÓN Y EXPLICACIÓN DEL PROBLEMA	27
2. MARCO DE LA EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL	30
2.1. EL FRAUDE, LA EVASIÓN Y LA ELUSIÓN FISCAL INTERNACIONAL: CONCEPTO, ORIGEN Y PRAXIS	31
2.1.1. Cuantificación de la evasión fiscal internacional	34
2.1.2. Territorios permisivos con la evasión fiscal: paraísos fiscales y centros financieros <i>offshore</i>	35
a) <i>Definición doctrinal</i>	38
b) <i>Definición manejada de las organizaciones internacionales</i>	40
2.2. EL PROCESO DE FORMACIÓN DE LOS PARAÍOS FISCALES Y LAS REACCIONES DE LOS PAÍSES Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES	43
2.3. CLASIFICACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LOS PARAÍOS FISCALES Y CENTROS FINANCIEROS <i>OFFSHORE</i>	51
3. LA COMPETENCIA FISCAL DAÑINA COMO EFECTO DE LA EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL	55
3.1. LA COMPETENCIA FISCAL DE LOS PAÍSES COMO PATOLOGÍA DE LA ECONOMÍA MUNDIAL	55

3.2. LOS PARAÍSO FISCAL Y CENTROS FINANCIEROS <i>OFFSHORE</i> EN LA COMPETENCIA FISCAL INTERNACIONAL	58
3.3. CONSECUENCIAS ECONÓMICAS: CAMBIOS EN LAS ESTRUCTURAS FISCALES	59
4. POTENCIALES PERJUICIOS FISCALES PARA LOS PAISES DERIVADOS DE LA COMPETENCIA FISCAL Y LA EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL	61
4.1. PERJUICIOS FISCALES DE LA COMPETENCIA Y EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL	61
4.2. OCDE Y LA COMPETENCIA FISCAL DAÑINA (<i>HARMFUL TAX COMPETITION</i>)	62
4.3. FMI Y LAS PÉRDIDAS FISCALES INTERNACIONALES (<i>SPILLOVERS</i>)	66
5. LA DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA Y EL DISEÑO DE SOLUCIONES	69
6. CONSIDERACIONES FINALES	70
 CAPÍTULO II: SISTEMA FISCAL INTERNACIONAL Y LAS PRINCIPALES POLITICAS E INSTRUMENTOS PARA COMBATIR LA EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL	 73
1. EL SISTEMA FISCAL EN MATERIA DE EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL	73
1.1. DEFINICIÓN DEL SISTEMA	74
1.1.1. Bilateralidad como paradigma internacional en el siglo XX	74
<i>a) Los convenios de doble imposición</i>	74
<i>b) Bilateralidad con base multilateral para resolver conflictos y sus alternativas</i>	80
1.1.2. Concurrencia de medidas	84
1.2. ACTORES DEL SISTEMA	84
1.2.1. La OCDE: foro de las políticas fiscales internacionales	84
<i>a) Prevalencia de la OCDE</i>	85
<i>b) La supremacía del Modelo de Convenio OCDE</i>	86
<i>c) La experiencia de la OCDE</i>	87
1.2.2. La Unión Europea en el corazón de la OCDE	89
1.2.3. Los Estados Unidos como actor relevante del sistema	90
1.3. ELEMENTOS DETERMINANTES	91
1.3.1. El efecto de la globalización en el sistema fiscal internacional	91
1.3.2. La cooperación y las organizaciones multilaterales en la globalización	92
<i>a) Cooperación y disgregación de la soberanía fiscal</i>	93
<i>b) La creación de una red de regulación transnacional en materia fiscal</i>	93
<i>c) Aplicación por parte de la OCDE</i>	97

2. INSTRUMENTOS DISPONIBLES PARA LUCHAR CONTRA LA EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL	98
2.1. INSTRUMENTOS DE TIPO DINÁMICO-INTRUSIVO	99
2.2. INSTRUMENTOS DE TIPO PASIVO-COLABORATIVO	100
2.3. INSTRUMENTOS UNILATERALES	101
2.4. INSTRUMENTOS BILATERALES	103
2.5. INSTRUMENTOS MULTILATERALES	104
3. CONSIDERACIONES FINALES	105
 CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE POLÍTICAS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES APLICADOS PARA LUCHAR CONTRA LA EVASIÓN FISCAL ANTES DE FATCA (1981-2010)	 109
1. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA FISCAL INTERNACIONAL DE LUCHA CONTRA LA EVASIÓN FISCAL	110
1.1. PRIMERA FASE: EL INFORME GORDON Y LOS EE.UU. EN LA DÉCADA DE 1980	111
1.1.1. Las medidas contra la actividad <i>offshore</i> antes del informe Gordon	112
1.1.2. El informe Gordon y sus consecuencias en los ochenta	116
1.2. SEGUNDA FASE: POLÍTICAS E INSTRUMENTOS EN LA DÉCADA DE 1990 ANTE EL EFECTO DE LA GLOBALIZACIÓN	120
1.3. TERCERA FASE: PRIMERA DÉCADA DEL SIGLO XXI Y EL NUEVO ENFOQUE TRAS LA CRISIS FINANCIERA DE 2008	122
2. ANÁLISIS DE LAS POLÍTICAS E INSTRUMENTOS DE LUCHA CONTRA LA EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL EN EL PERIODO 1981 - 2008	123
2.1. POLÍTICAS E INSTRUMENTOS DE LOS EE.UU.:	125
2.1.1. Propuestas	125
a) <i>Caribbean Basin</i>	125
a) <i>Qualified Intermediary (QI)</i>	126
2.1.2. Obstáculos	127
2.1.3. Consecuencias	128
2.2. POLÍTICAS E INSTRUMENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA:	129
2.2.1. Propuestas	130
2.2.2. Obstáculos	130
2.2.3. Consecuencias	131
2.3. POLÍTICAS E INSTRUMENTOS DE LA OCDE:	131
2.3.1. Propuestas	132
a) <i>Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal (CAM)</i>	132
b) <i>Competencia Fiscal Dañina (Harmful Tax Competition)</i>	133

<i>c) Acuerdos de Intercambio de Información</i>	134
2.3.2. Obstáculos	136
2.3.3. Consecuencias	139
2.4. TRANSFORMACIÓN DE LA OCDE	141
2.4.1. Orígenes de la OCDE como agente de gobernanza fiscal internacional	141
2.4.2. El desacertado proceso de la campaña de competencia fiscal dañina	142
2.4.3. El hundimiento por la retórica y la evolución positiva	145
2.5. RESULTADO: UNA CAMPAÑA GLOBAL POR LA LUCHA CONTRA LA EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL	152
3. ANÁLISIS DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN COMO COMÚN DENOMINADOR DE LAS POLÍTICAS E INSTRUMENTOS DE LUCHA CONTRA LA EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL	158
3.1. ENFOQUES DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN COMO INSTRUMENTO DE LUCHA CONTRA LA EVASIÓN FISCAL	158
3.2. ENFOQUE BILATERAL DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN	160
3.2.1. Convenios de doble imposición	160
3.2.2. Acuerdos de intercambio de información	160
3.3. ENFOQUE MULTILATERAL DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN	162
3.3.1. Directiva del Ahorro	162
3.3.2. CIAT (Centro Interamericano de Administrtrtiaciones Tributarias)	165
3.3.3. Convenio Nórdico	167
3.3.4. CAM (Convención sobre Asistencia Mutua)	169
3.4. ANÁLISIS DE OTROS INSTRUMENTOS DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN	170
3.5. OBSERVACIONES DE LA DOCTRINA SOBRE EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN COMO INSTRUMENTO DISUASORIO DE LA EVASIÓN FISCAL	172
3.6. ESTADO DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN INTERNACIONAL	174
4. CONSIDERACIONES FINALES	177
CAPÍTULO IV: FATCA	183
1. MOMENTO EVOLUTIVO Y REACCIONES ANTE FATCA	185
1.1. MOMENTO EVOLUTIVO	185
1.2. REACCIONES	188
2. ANÁLISIS Y DESCRIPCIÓN DE FATCA: LA REACCIÓN DE LOS EE.UU. A LA EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL	190
2.1. ANTECEDENTES	190
2.2. ANÁLISIS DE LA NORMA FATCA:	197

2.2.1. Justificación de FATCA	197
2.2.2. Incidentes de evasión fiscal como promotores de FATCA	199
2.2.3. La QI como el antecedente fallido	206
2.2.4. FATCA como ley y el intercambio de información como objetivo	209
2.2.5. Contexto propicio para imponer FATCA	218
<i>a) Definición de los objetivos a través del intercambio de información: decadencia y nuevo auge</i>	218
<i>b) El problema de evasión fiscal de los países en desarrollo, la disposición de las entidades financieras y los avances tecnológicos</i>	221
<i>c) Retención Anónima vs. Transparencia (RUBIK vs. FATCA)</i>	222
<i>d) Triunfo de la transparencia, repercusión y apoyo internacional</i>	229
2.3. ANÁLISIS DE LA IMPLEMENTACIÓN INTERNACIONAL DE LA NORMA FATCA	230
2.3.1. Alcance	230
2.3.2. Análisis de los riesgos de implementación de FATCA	237
<i>a) La soberanía fiscal</i>	238
<i>b) El secreto bancario</i>	240
<i>c) La protección de datos</i>	242
3. LA INCIDENCIA DE LOS PODERES POLÍTICOS DE LOS EE.UU. EN LA LUCHA CONTRA LA EVASION FISCAL INTERNACIONAL	243
3.1. ORIGEN ECÓNOMICO DE LA LUCHA CONTRA LA EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL	243
3.2. CONSECUENCIAS POLÍTICAS EN LOS EE.UU.	249
3.2.1. El apoyo de las estadísticas y la singularidad de los EE.UU.	249
3.2.2. Posiciones políticas en los EE.UU.	253
3.3. RIESGO DE RUPTURA	258
4. CONSIDERACIONES FINALES	261
CAPÍTULO V: ANÁLISIS DE POLÍTICAS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES APLICADOS PARA LUCHAR CONTRA LA EVASIÓN FISCAL DESPUÉS DE FATCA (2010-2015)	265
1. EFECTO DE LAS SOLUCIONES DE IMPLEMENTACIÓN	265
2. ANÁLISIS DE LAS POLÍTICAS DE LA OCDE A RAÍZ DE FATCA	271
2.1. RELACIÓN ENTRE FATCA Y LAS POLÍTICAS DE LA OCDE	271
2.1.1. Adaptación de la OCDE al entorno post FATCA	271
2.1.2. El intercambio de información de la OCDE, los AII y su valor complementario	272
2.2. LA NEGOCIACIÓN DE NORMAS INTERNACIONALES EN EL ENTORNO GLOBAL: GOBERNANZA EN EL SISTEMA FISCAL INTERNACIONAL	275

2.3. ANÁLISIS DEL NUEVO DESARROLLO DE POLÍTICAS: LA OCDE COMO <i>GLOBAL NETWORKING ARENA</i>	278
2.4. MEDIDAS DE LA OCDE EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA ESTRATEGIA FATCA DE INTERCAMBIO AUTOMÁTICO DE INFORMACIÓN A NIVEL GLOBAL	280
2.5. ÚLTIMA ESTACIÓN, BEPS	285
3. ANÁLISIS DE LAS POLÍTICAS DE LA UE A RAÍZ DE FATCA	290
4. ESTADO DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN INTERNACIONAL TRAS LA CONCRECIÓN DE FATCA	291
4.1. COMPARATIVA DEL ESTADO DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN	291
4.2. ESTADO DEL OTRO INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN: <i>LEAKS Y WISHTLEBLOWERS</i>	292
5. ANÁLISIS DE LA ADAPTACIÓN DE NORMAS DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN INTERNACIONAL	297
5.1. ESPAÑA Y EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN	299
5.2. ESPAÑA Y EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN INTERNACIONAL	301
5.3. ANÁLISIS COMPARADO DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN ENTRE ESPAÑA Y OTROS PAÍSES DEL ENTORNO	301
5.4. ANÁLISIS DEL MARCO JURÍDICO GLOBAL DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN	303
6. CONSIDERACIONES FINALES	306
CAPÍTULO VI: CAMBIO EN LAS POLÍTICAS E INSTRUMENTOS DE LUCHA CONTRA LA EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL	311
1. ANÁLISIS DEL CAMBIO DE PARADIGMA INTERNACIONAL DE LA LUCHA CONTRA LA EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL	311
1.1. RÉGIMEN FISCAL INTERNACIONAL Y EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN	312
1.2. NUEVOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES	315
1.3. NUEVO ORDEN Y NUEVOS ACUERDOS INTERNACIONALES: UN CAMBIO REGULATORIO GLOBAL	318
1.4. LOS ELEMENTOS DE CONTRAPESO	322
<i>Efecto restrictivo: Soberanía fiscal; Elemento de contrapeso: Desagregación de la soberanía</i>	323
<i>Efecto restrictivo: Globalización; Elemento de contrapeso: Amplia base multilateral y cooperación</i>	324
<i>Efecto restrictivo: Desigualdad entre los países; Elemento de contrapeso: Estándares negociados y apoyo</i>	325

<i>Efecto restrictivo: Instituciones internacionales; Elemento de contrapeso: Reforma y desarrollo de nuevos foros</i>	326
2. EL CAMBIO DE ESTRATEGIA EN EL SISTEMA FISCAL INTERNACIONAL DE LUCHA CONTRA LA EVASIÓN FISCAL	327
3. CONSIDERACIONES FINALES	332
CAPÍTULO VII: CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES CRITICAS	335
1. ANÁLISIS DE LOS DATOS	335
2. CONCLUSIONES DEL ANÁLISIS	336
3. LIMITACIONES DEL ESTUDIO	344
4. FUTURAS LINEAS DE INVESTIGACIÓN	344
ANEXOS	359
Glosario de términos	359
Lista de Países Firmantes de IGA	362
Cronograma	363
Diagramas del funcionamiento (básico) de diversas operaciones de evasión y elusión fiscal internacional	364
<i>Diagrama de funcionamiento de los precios de transferencia:</i>	<i>364</i>
<i>Diagrama de funcionamiento de la subcapitalización:</i>	<i>364</i>
<i>Diagrama de funcionamiento de la CFC y la transparencia fiscal internacional:</i>	<i>365</i>
<i>Diagrama de funcionamiento del Treaty Shopping sobre patentes:</i>	<i>365</i>
<i>Diagrama de funcionamiento del Treaty Shopping sobre préstamos (caso Aiken):</i>	<i>366</i>

FIGURAS Y TABLAS

Figura 1: Clasificación de los paraísos fiscales y centros financieros offshore	52
Figura 2: Patologías de la competencia fiscal.	55
Figura 3: Ingresos por IS sobre ingreso tributario	68
Figura 4: Políticas e instrumentos anteriores y posteriores a 2010	157
Figura 5: Diagrama intercambio automático y alcance 2010	176
Figura 6: Mapa de los acuerdos intergubernamentales firmados y negociados	233
Figura 7: Ingresos Tributarios Totales y por Concepto Tributario	246
Figura 8: Gasto Público en Porcentaje sobre PIB de Países OCDE	248
Figura 9: Déficit en Porcentaje sobre PIB de Países OCDE	248
Figura 10: Fuente de Ingresos Fiscales en los EE.UU. Porcentaje sobre Total Ingresos Tributarios	250
Figura 11: Ingresos Tributarios Totales y por Fuente. Porcentaje sobre PIB EE.UU.	250
Figura 12: Gasto Público en Porcentaje sobre PIB	251
Figura 13: Ingresos Fiscales Porcentajes sobre PIB	252
Figura 14: Pasos implementación FATCA	266
Figura 15: AII firmados entre cumbres G20	273
Figura 16: Mapa de los países firmantes de CAA	285
Figura 17: Diagrama intercambio automático y alcance 2016	292
Figura 18: Efectos restrictivos y elementos de contrapeso	322
 Tabla 1: Impuesto de Sociedades sobre Ingresos Tributarios y PIB (países OCDE)	 64
Tabla 2: Flujos de salida de IED en los países del G20	66
Tabla 3: Flujos de entrada de IED en los países del G20	67
Tabla 4: Ingresos tributarios por IS sobre PIB	68
Tabla 5: Cuadro de factores de fracaso y efectos restrictivos	124
Tabla 6: CFO y acuerdos intergubernamentales:	234
Tabla 7: FATCA y los Países Desarrollados	236
Tabla 8: FATCA y los países en transición	236
Tabla 9: FATCA y los países en desarrollo	237
Tabla 10: Nuevas medidas, características y efecto	320

SÍNTESIS

Las medidas unilaterales, bilaterales y multilaterales que han ido cimentando un cuerpo sólido de fiscalidad internacional han demostrado con el paso de los años que pueden ser útiles para regular aspectos como la doble imposición, pero se nos antojan limitados para combatir eficientemente la evasión fiscal internacional.

Soberanía, globalización, diferencias entre los países y limitaciones de las organizaciones internacionales se han convertido en obstáculos del sistema fiscal internacional para hacer efectivas sus políticas de lucha contra la evasión fiscal internacional. Esto, unido al erróneo diseño de los instrumentos aplicados han impedido cumplir el objetivo de frenar la evasión fiscal internacional.

FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*) ha consolidado el mecanismo del intercambio automático de información fiscal como elemento clave de la lucha contra la evasión fiscal internacional. La UE y la OCDE han abrazado la medida que se ha convertido en estándar global, direccionando correctamente el diseño coordinado de instrumentos para combatir la evasión fiscal internacional. Además, el efecto de una medida unilateral agresiva unido a la transformación de los actores están permitiendo superar los obstáculos del sistema fiscal internacional, lo que sitúa la lucha contra la evasión fiscal internacional en una nueva etapa más esperanzadora.

Unilateral, bilateral and multilateral measures have built a solid international tax system, which over the years have proved being useful to address double taxation but it seems inadequate to curb double no taxation or international tax evasion.

Sovereignty, globalization, inequalities between countries and international organizations issues have become for the international tax system to enforce anti evasion tax policies. These obstacles, along with an incorrect design of instruments, have curbed the fight against offshore tax evasion.

FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act) has consolidated automatic information exchange as key element to fight offshore tax evasion. EU and OECD have embraced the mechanism, which has become global standard, addressing a coordinated design on instruments to fight offshore tax evasion. In addition, such aggressive measure along with a transformation in the actors is overcoming the tax system.

ABREVIATURAS

AIG: Acuerdo Intergubernamental
AII: Acuerdos de Intercambio de Información
ATTAC: *Association pour la Taxation des Transactions financière et l'Aide aux Citoyens (Association for the Taxation of financial Transactions and Aid to Citizens)*
BEPS: *Base Erosion and Profit Shifting*
BMZ: *German Federal Ministry for Economic Cooperation*
CAA: Acuerdo entre Autoridades Competentes - *Competent Authority Agreements*
CAF: Comité de Asuntos Fiscales
CAM: Convención sobre Asistencia Mutua Administrativa en Materia Fiscal
CBERA: *Caribbean Basin Economic Recovery Act*
CDI: Convenio de Doble Imposición
CEF: Consejo de Estabilidad Financiera
CFC: *Controlled Foreign Company*
CFO: Centro Financiero Offshore
CFP: *Center for Freedom and Prosperity*
CIAT: Centro Interamericano de Administraciones Tributarias
CPAT: Centro de Política y Administración Tributaria
CPI: *Center for Public Integrity*
CRS: Estándar Común de Información - *Common Reporting Standards*
ECOFIN: Consejo de Asuntos Económicos y Financieros
EE.UU.: Estados Unidos de América
EP: Establecimiento Permanente
FEF: Foro de Estabilidad Financiera
FMI: Fondo Monetario Internacional
GATT: Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles
HIRE: *Hiring Incentives to Restore Employment Act*
HSBC: *The Hong Kong and Shanghai Banking Corporation*
HTC: *Harmful Tax Competition*
IBDF: *International Bureau for Fiscal Documentation*
ICIJ: *International Consortium of Investigative Journalist*
IED: Inversión Extranjera Directa
IGA: *Intergovernmental Agreement*
IRC: *Internal Revenue Code*
IRS: *Internal Revenue Service*
ITC: *International Tax Compact*
ITIO: *International Trade and Investment Organization*
KYC: *Know Your Client*
LGT: Ley General Tributaria
LGT: *Liechtenstein Global Trust (bank)*

MCDI: Modelo de Convenio de Doble Imposición
OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OECD: *Organisation for Economic Co-operation and Development*
OECE: Organización Europea para la Cooperación Económica
ONG: Organización No Gubernamental
ONU: Organización de las Naciones Unidas
OVCI: *Offshore Voluntary Compliance Initiative*
OXFAM: *Oxford Committee for Famine Relief*
PSI: *United States Senate Permanent Subcommittee on Investigation*
QI: *Qualified Intermediary*
UBS: *Union Bank of Switzerland*
UE: Unión Europea
WTO: Organización Mundial del Comercio – *World Trade Organization*

INTRODUCCIÓN

Presentación del problema general

La evasión de impuestos es un mal endémico. Sin embargo debe reconocerse que con la aparición de las nuevas tecnologías y con el desarrollo del fenómeno de la globalización económica los sistemas de defraudación se han ido sofisticando cada vez más, y el tráfico internacional de bienes y servicios ha sido un caldo de cultivo especialmente propicio para su crecimiento exponencial. Asimismo, no debe perderse de vista que hay un fenómeno que no ha coadyuvado precisamente mucho para combatir la evasión fiscal internacional: la competencia fiscal agresiva de ciertos países y jurisdicciones, estableciendo una presión fiscal extraordinariamente baja para favorecer la deslocalización de empresas a estos territorios, o bien introduciendo determinados sistemas de tributación preferente en favor de las inversiones provenientes del extranjero (*ring-fencing* empleando la terminología anglosajona). Ello, unido a una legislación mercantil y financiera muy flexible y proclive a la entrada de capital, con una ausencia de controles de cambio y una opacidad mediante restricciones a los requerimientos de información ha producido un efecto perverso sobre el sistema tributario internacional generando un terreno especialmente abonado para la deslocalización de rentas por parte de multinacionales en aras de una optimización de su carga tributaria.

Este escenario ha servido para confirmar las limitaciones de los Estados y de las organizaciones supranacionales e internacionales para combatir de forma enérgica y coordinada la evasión fiscal internacional, además de proporcionar argumentos sólidos que sirvan para convencer a aquellos territorios que realizan una competencia fiscal dañina de abandonar estas prácticas lesivas que ponen en riesgo el progreso de la economía mundial.

Antecedentes

Existen muchos estudios sobre la evasión fiscal, si bien los primeros análisis en profundidad de este problema datan de principios de los años ochenta y provienen de los Estados Unidos. Se apunta ya entonces una necesidad de limitar abusos y fomentar la transparencia mediante el intercambio de información entre Administraciones Tributarias. Desde entonces, medidas, informes y foros orientados a

limitar la evasión fiscal internacional se han ido sucediendo en un contexto político, social y económico cambiante. La caída del bloque comunista o la integración y expansión de la Unión Europea, así como la globalización o la última crisis económica y financiera mundial han afectado a la configuración de las políticas e instrumentos utilizados para combatir la evasión fiscal internacional.

Determinados países de forma unilateral y organizaciones supranacionales e internacionales han desarrollado en estos últimos años ciertas políticas implementando determinados instrumentos (normas, acuerdos internacionales, campañas, recomendaciones) para combatir la evasión fiscal internacional. Estas políticas activas para luchar contra la evasión fiscal por un lado, tienen que ser correctamente diseñadas y estar debidamente coordinadas para ser eficaces, y por otro lado, tienen que ser capaces de superar ciertas limitaciones del sistema fiscal internacional al no poder, por ejemplo, transgredir la soberanía tributaria de los Estados que es uno de los cimientos sobre el que gravita el sistema tributario internacional. Esto podría explicar el fracaso sufrido en otros momentos de la historia para la erradicación de estas jurisdicciones *offshore*. Al proceso de erosión sufrido por el choque con las soberanías fiscales de las jurisdicciones hay que añadir el efecto del proceso globalizador, que dificulta la puesta en marcha de medidas efectivas de erradicación de la evasión fiscal, junto con las prácticas oportunistas de los países y territorios no colaboradores, o *free-riding*, que proponen la quiebra del sistema tributario internacional ofreciendo una fiscalidad nula o muy baja con una absoluta ausencia de transparencia y que muchas entidades han aprovechado para ganar competitividad a costa de la recaudación tributaria de los Estados.

Estas políticas e instrumentos fiscales internacionales de lucha contra la evasión fiscal se establecen en tres niveles interrelacionados: multilateral, bilateral y unilateral. Tras la lectura exhaustiva de la literatura científica que ha abordado esta temática podemos concluir en la pervivencia hoy día de un equilibrio entre estos tres niveles y en los principales actores que entran en juego, a saber, jurisdicciones, contribuyentes (personas físicas y jurídicas, incluyendo lógicamente a las multinacionales que tanto han contribuido a generar el proceso en el que actualmente nos encontramos), así como organizaciones internacionales.

Nuestra aportación

Los estudios sobre la materia se han centrado en la descripción y análisis del sistema fiscal internacional y sus principios informadores. Igualmente existen análisis sobre las funciones de los actores del sistema y sobre la configuración de un supuesto régimen fiscal internacional. En esta investigación trataremos de explicar cuáles han sido los motivos del fracaso de dichas políticas aventurándonos a vislumbrar cuál puede ser el futuro de esta encrucijada en función de los pasos que vayan a darse tras el punto de inflexión en esta temática que ha sido, como señalaremos a lo largo de estas páginas, el fenómeno “FATCA”.

FATCA, como acrónimo de *Foreign Account Tax Compliance Act*, es una norma unilateral de los EE.UU. que impone una retención del 30% a las entidades financieras extranjeras sobre prácticamente cualquier pago que puedan recibir de fuente americana a menos que dicha entidad financiera acuerde con la administración tributaria estadounidense suministrar información de importancia fiscal sobre los contribuyentes estadounidenses. El objetivo último de FATCA no es tanto recaudar impuestos como tener conocimiento de contribuyentes estadounidenses con activos en el extranjero, disuadirlos de evadir impuestos en los EE.UU. y evitar abusos del sistema por la falta de información.

Sin embargo, observamos un vacío en el análisis de la evolución de las políticas e instrumentos de lucha contra la evasión fiscal basado en las limitaciones a su implementación y aplicabilidad por el efecto restrictivo de la soberanía de los países, la capacidad de las organizaciones reguladores, la amplitud del espectro global y las diferencias de desarrollo de las jurisdicciones.

Por otra parte, el cambio de estrategia en la lucha contra la evasión fiscal propuesto por FATCA, unido a la necesidad de hacer valer las políticas e instrumentos de la lucha contra la evasión fiscal, podría estar generando un cambio en la forma de enfrentar los problemas de la evasión fiscal internacional no solo a nivel unilateral sino también desde una esfera convencional (bilateral y multilateral). Debe hacerse mención igualmente a la existencia de cierta orfandad doctrinal sobre las causas y consecuencias de este nuevo cambio en la forma de hacer políticas fiscales internacionales y el planteamiento de si nos encontramos ante una nueva realidad en el sistema fiscal internacional.

Así las cosas, analizaremos FATCA no solo desde el cambio de concepción operado por los Estados Unidos en esta esfera, con sus efectos y consecuencias, sino también sobre el impacto que representa FATCA sobre el resto de países, organizaciones supranacionales e internacionales. Los estudios sobre FATCA se han centrado, por una parte, en el análisis del derecho positivo, principalmente dentro de los Estados Unidos, y por otra en el análisis de los conflictos de aplicación de la norma extraterritorialmente. También encontramos análisis del cambio operado por FATCA en los actores: contribuyentes, entidades financieras y sobre todo gobiernos que tendrán que adaptar su normativa para facilitar su implementación. Sin embargo se observa la carencia de un análisis de FATCA dentro del conjunto de políticas e instrumentos y su efecto causal sobre el nuevo equilibrio del sistema fiscal internacional.

En resumen, el sistema fiscal internacional por el que los países persiguen la eliminación de la doble imposición internacional y la evitación de la doble no imposición (o simplemente no imposición o infra-imposición injusta) pretende superar los obstáculos que hacen que sus políticas e instrumentos devengan ineficientes o inaplicables y en este contexto mutan buscando nuevos objetivos, nuevos destinatarios de sus normas, nuevos puntos de encuentro y nuevos estándares globalmente aceptados. Esto implica una mayor aceptación, una mejor adaptación y alcance global para limitar la acción perniciosa de los no colaboradores. FATCA tiene como gran virtud que representa un hito al haber conseguido un consenso entre los países desarrollados y una amplia implementación internacional. Se trata de un punto de inflexión y trataremos de esclarecer lo que representa FATCA en el presente, tratando asimismo de vislumbrar cuáles son los efectos *ad futurum*.

Actores

Desde la aparición del informe Gordon en 1981¹ como primer estudio compilador del fenómeno de la evasión fiscal internacional los países, las organizaciones supranacionales e internacionales han participado en las políticas fiscales globales. Durante este tiempo se han revelado tres instituciones fundamentales en la política fiscal internacional en materia de evasión fiscal: la Unión Europea y la Organización

¹ Gordon, Richard A. “*Tax havens and their use by United States taxpayers: an overview; a report to the Commissioner of Internal Revenue, the Assistant Attorney General (Tax Division) and the Assistant Secretary of the Treasury (Tax Policy)*” 1981 EE.UU.

para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OCDE), desde el punto de vista internacional. También, desde el plano individual, no debe perderse de vista el esfuerzo realizado por los Estados Unidos por combatir el fraude fiscal, paso que ha tenido una repercusión mundial a través de la firma de FATCA como analizaremos a lo largo de esta investigación. Estos tres actores, cada uno desde su esfera de actuación determinada, han tomado parte activa desde los años ochenta y han ido definiendo el marco internacional contra la evasión fiscal. Aunque en puridad, sus acciones no han sido capaces de frenar la evasión fiscal internacional (quedando marcadas muchas de sus políticas e instrumentos como “poco exitosas”) sí han ido modulando el sistema por el que se rige la política fiscal internacional en la lucha contra la evasión fiscal:

- Los Estados Unidos, debe reconocerse, se han consolidado como el país determinante en las decisiones unilaterales en la lucha contra la evasión fiscal internacional, sobre todo en un elemento fundamental de la misma como es el intercambio (automático) de información. Su norma FATCA es el paradigma de norma unilateral con efectos internacionales en la lucha contra la evasión fiscal. En este trabajo calificaremos a FATCA como el elemento clave en el proceso de cambio que demandaba el sistema internacional para verdaderamente conseguir dar un nuevo rumbo en la lucha contra el fraude fiscal internacional.
- La Unión Europea toma parte en la lucha contra la evasión fiscal dentro de su propio ámbito con una normativa que fue ciertamente innovadora como lo fue la Directiva de Ahorro y se configura como una organización supranacional con gran influencia en la OCDE e impulsor y/o soporte de sus campañas en política fiscal internacional.
- La OCDE se ha convertido en la principal organización multinacional en política fiscal internacional. Su postulado como máximo experto en negociación bilateral como consecuencia de su Modelo de Convenio y sus campañas multilaterales le han dado por méritos propios esta condición. Sin embargo, sus orígenes como organización de cooperación económica destinada a reconstruir Europa y la eventual configuración como “club de los países ricos” son algunas de las limitaciones que podrían cuestionar su verdadero papel para liderar la lucha contra la evasión fiscal internacional.

Existen otros actores y agentes que han intervenido de una u otra forma activamente en este proceso en el que nos encontramos: el sector financiero, las administraciones tributarias, las multinacionales, y sobre todo los paraísos fiscales y centros financieros *offshore*, junto con el desarrollo tecnológico, que deben ser analizados como variables a tener en cuenta en el estudio de la evolución del sistema fiscal internacional.

Un lugar especial tienen las plataformas civiles, organizaciones no gubernamentales y el periodismo de investigación. Sus trabajos han servido para informar tanto a la ciudadanía como a gobiernos y administraciones tributarias del vasto alcance del mundo *offshore*. Observamos aquí otro cambio, paralelo al de las políticas fiscales internacionales, que surge como consecuencia del impacto mediático de los trabajos de estos actores: el cambio en la conciencia de la ciudadanía, las administraciones tributarias y los gobiernos que pasan a concebir la evasión fiscal *offshore* como un problema que debe ser combatido.

Relevancia científica y gran transcendencia para la economía internacional

Una investigación cualitativa sobre la elaboración, finalidad y efectos de las medidas y políticas fiscales en materia de evasión fiscal internacional en un momento como el actual, cuando el paradigma de cooperación y unilateralidad está en pleno cambio, se nos antoja ciertamente necesaria para conocer mejor los equilibrios del sistema fiscal internacional y las consecuencias que pueden derivarse de las actuaciones de contribuyentes, administraciones tributarias y gobiernos.

La existencia de la evasión fiscal internacional, su expansión en las últimas décadas, la imposibilidad de limitarlo y el fenómeno de la competencia fiscal dañina (*harmful tax competition*) han hecho que la lucha contra la evasión fiscal internacional se haya convertido en una prioridad para los países desarrollados y aquellos en desarrollo y para las organizaciones internacionales en las que participan. Sin embargo, hay que ser realista y reconocer que las políticas e instrumentos utilizados hasta ahora no han logrado frenar el incremento de la evasión fiscal internacional. Analizar la naturaleza de las políticas e instrumentos nos facilitará en última instancia conocer las razones de su fallo así como demostrar que la evolución producida ha sido consecuencia de los cambios operados a raíz de FATCA con una finalidad estratégica de alcanzar mayor y mejor aplicabilidad dejando abierta la posibilidad de analizar si dicho cambio contribuirá a una mayor eficiencia de las políticas e instrumentos.

Objeto de la tesis

El objeto de esta investigación consiste en identificar y analizar los rasgos del nuevo sistema fiscal internacional que emerge tras el cambio de estrategia que ha supuesto FATCA en la lucha contra la evasión fiscal internacional. Para ello se lleva a cabo un estudio de las políticas e instrumentos utilizados por los países y organizaciones internacionales con este propósito.

El objetivo principal de la tesis es pues destacar el cambio de estrategia en la forma de hacer políticas y diseñar instrumentos de lucha contra la evasión fiscal internacional a raíz de FATCA. Trataremos de explicar cómo los fallos del sistema se generaron a consecuencia de un desequilibrio en la intensidad y direccionamiento de las políticas e instrumentos diseñados y que la reacción de los actores representada en FATCA y sus consecuencias está creando un nuevo marco con diferentes equilibrios en el sistema fiscal internacional de lucha contra la evasión fiscal. Este nuevo paso nos lleva a proclamar un nuevo escenario (esperemos que definitivo) en las políticas e instrumentos contra la evasión fiscal internacional.

Nuestro análisis no se agotará en el proceso de FATCA, sino que trataremos también de demostrar cómo a través del sistema actual de políticas e instrumentos internacionales (bien de forma multilateral, bien convencional, bien unilateral) se puede lograr el escenario adecuado para enderezar el rumbo en aras de la más que deseada erradicación de las jurisdicciones *offshore*.

Metodología utilizada

El método utilizado ha sido el de la investigación cualitativa en el ámbito jurídico y político internacional. Similar al análisis de contenidos, el proceso de investigación legal supone un análisis de documentos, cuyo origen en este caso es una norma unilateral de lucha contra la evasión fiscal internacional (FATCA) con el fin de determinar si puede ser el instrumento que reactive de forma exponencial el proceso de cambio que consideramos se está produciendo.

El análisis de contenidos legales y políticos entonces se dispersa hacia una búsqueda y sistematización de fuentes primarias y secundarias más amplia con el objetivo de cubrir el marco de las políticas internacionales de lucha contra la evasión fiscal. En consecuencia, se define el objeto de estudio sobre los conjuntos de políticas e instrumentos unilaterales, bilaterales y multilaterales de lucha contra la evasión fiscal

internacional, siendo el campo de acción aquellas emanadas a partir de 1981 como punto de arranque de las conclusiones del informe Gordon. Tratados, acuerdos, informes de organizaciones internacionales y los correspondientes estudios cualitativos y cuantitativos sobre las políticas fiscales y la evasión fiscal se sistematizan y analizan con el fin de realizar una evaluación crítica de precedentes históricos y contemporáneos. Igualmente se examinan los fenómenos políticos, económicos y sociales, así como los actores y sus comportamientos para comprender el cambio y las tendencias de las nuevas políticas fiscales internacionales de lucha contra la evasión fiscal.

Mediante la aplicación de este método analítico, y observando por comparación los diferentes tipos de medidas y políticas, actuales y pasadas, explicamos la evolución hasta nuestros días de la política fiscal internacional en la lucha contra la evasión fiscal.

Los resultados de este análisis nos conducen a inferir principios generales que informan el sistema fiscal internacional en la lucha contra la evasión fiscal, como conjunto de reglas o principios racionalmente enlazados entre sí y a partir de ahí, mediante el diagnóstico de su evolución, considerar las perspectivas de gobernanza y cooperación en la lucha contra la evasión fiscal internacional.

Un segundo nivel de aproximación al objeto de estudio lo constituye el análisis contextualizado en el marco de la realidad económica, social y política en el que se adopta FATCA. Se relacionan los medios utilizados para cambiar los comportamientos evasivos, el contexto histórico en que tienen lugar y las experiencias que sobre la eficacia de los medios se observan, así como la relación entre las políticas e instrumentos y los cambios que estos operan como variables a considerar.

Se lleva a cabo un análisis de la estructura fiscal internacional definiendo dos tipos de países a estos efectos: colaboradores y no colaboradores, siendo estos últimos permisivos con la evasión fiscal y generadores de situaciones de competencia fiscal internacional. Se valora el uso de estos elementos por los contribuyentes y multinacionales como sujetos activos de la evasión y el efecto producido en las economías de sus países de residencia. Identificamos así los agentes implicados en torno a dos ejes: (i) países y (ii) contribuyentes.

Precisiones sobre el ámbito de la investigación

La primera precisión que nos gustaría resaltar sobre los límites de esta tesis nacen de la propia delimitación del objeto general, que es el estudio a la evasión fiscal internacional, sin entrar a analizar los problemas de evasión interna de los países, lo cual se configuraría como una realidad y objeto de estudio completamente diferente al aquí abordado.

El objetivo principal de la tesis es destacar el cambio de estrategia en la forma de hacer políticas y diseñar instrumentos de lucha contra la evasión fiscal internacional a raíz de FATCA, sin que sea parte de este estudio el análisis de la eficiencia de las políticas e instrumentos analizados: muchas de las políticas e instrumentos utilizados en el pasado ya han sido evaluadas por parte de la doctrina, y parte de estos análisis serán puestos de manifiesto en esta investigación para una mejor explicación del marco conceptual. Sin embargo, no se pretende en este trabajo revisar los análisis realizados ni mucho menos compararlos con las que consideramos nuevas políticas e instrumentos implementados, más aun cuando una evaluación de estas nuevas políticas no es posible debido a la inmediatez de las mismas.

Igualmente en el análisis de los instrumentos unilaterales, bilaterales y multilaterales, se establece una delimitación sobre aquellos que realmente trascienden en el cambio que se considera. A este efecto, dentro de las medidas unilaterales, el análisis se realiza exclusivamente sobre las emanadas de Estados Unidos. No se pretenden estudios comparativos con medidas unilaterales de otros países. No obstante, al considerarse los Estados Unidos como actor principal en las medidas unilaterales dentro del marco global internacional y ser una ley de ese país la considerada como eje del cambio analizado, la limitación del análisis de medidas unilaterales a los Estados Unidos se considera justificada.

Con respecto a las medidas bilaterales, desborda el objeto de este trabajo la realización de un análisis sistemático de convenios de doble imposición y acuerdos de intercambio de información. Aunque la red de convenios y acuerdos de intercambio de información tienen una importancia relevante en la aplicación de la ley FATCA, y en consecuencia en el cambio analizado, la trascendencia recae más sobre la extensión de la propia red que sobre el contenido del derecho positivo de los convenios y acuerdos de intercambio de información que conforman la red.

La limitación sobre el análisis descriptivo de los acuerdos bilaterales no afecta a los acuerdos intergubernamentales de FATCA que se considera un elemento fundamental de fondo y forma en la implementación de la norma unilateral. Estos acuerdos intergubernamentales son objeto de estudio en este trabajo como parte del análisis de FATCA.

Con respecto a las medidas multilaterales, la OCDE es la organización en la que se centran los análisis de esta tesis y sobre el que se evalúa el cambio en la forma de hacer políticas y proponer instrumentos de lucha contra la evasión fiscal.

Por una parte, otras organizaciones supranacionales e internacionales no se consideran en este trabajo por la supremacía que en políticas fiscales internacionales supone una organización como la OCDE. Cualquier efecto que se pueda producir en cualquier otra organización sería inferior en trascendencia global que los que puedan producirse en la esfera de la OCDE. Por otra parte, otras políticas e instrumentos ligados a la lucha contra la evasión fiscal generadas dentro de la OCDE, pero no directamente dirigidas a evitar la misma (mediante la obtención de información), como lo pueden ser las políticas e instrumentos destinados a la limitación de planificaciones fiscales agresivas no son objeto de análisis de este trabajo porque su aplicación es en exceso reciente, el patrón no responde exactamente al tipo de políticas e instrumentos que interesan en esta tesis y no opera una relación causal con FATCA.²

El método comparativo de políticas e instrumentos de lucha contra la evasión fiscal, utilizado en esta investigación principalmente sobre el intercambio de información, sería predicable sobre otros aspectos de la lucha contra la evasión fiscal internacional como lo son las políticas e instrumentos de lucha contra la erosión y deslocalización de bases imponibles como futuras líneas de investigación.

Igualmente el análisis e impacto sobre la estrategia global de lucha contra evasión fiscal de otras medidas unilaterales, como podría ser el *Diverted Profit Tax* británico, podría ser una extensión y complemento al presente trabajo.

² No obstante, el análisis del plan de acción BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) de la OCDE sí se incluye en el capítulo V por la relación que observamos con el proceso de cambio y el intercambio de información.

Por último, y como consecuencia de las limitaciones derivadas de la inmediatez de las políticas e instrumentos más recientes, se antoja necesario extender el presente trabajo a futuro sobre el análisis de la puesta en funcionamiento de los nuevos mecanismos de intercambio de información y la eficacia y capacidad de disuasión de las medidas.

Estructura

El cuerpo de la tesis está compuesto por seis capítulos más conclusiones y consideraciones críticas. El capítulo primero presenta el problema de la evasión fiscal internacional como conflicto de oportunidad y los antecedentes fácticos, el marco y la estructura del *offshore* mediante la dicotomía entre países colaboradores y países y territorios no colaboradores o permisivos con la evasión fiscal y en consecuencia generadores de competencia fiscal internacional. Se realiza un acercamiento a los perjuicios derivados de esas estructuras *offshore* mediante estudios sobre la competencia fiscal internacional y evaluaciones de las pérdidas de recaudación tributaria por el fenómeno *offshore*.

En el segundo capítulo, tras la presentación inicial, se incide en el análisis crítico de lo que podríamos denominar sistema fiscal internacional a través del estudio de sus actores (países, organizaciones internacionales, contribuyentes), sus relaciones (convenios, acuerdos, campañas, foros) y la identificación y estudio de factores determinantes (globalización, restricciones legales, gobernanza), lo que nos lleva a desarrollar una descripción teórica de las políticas e instrumentos, como herramientas que pueden ser usadas por los actores en la lucha contra la evasión fiscal internacional.

En el capítulo tercero profundizamos en el análisis de las políticas e instrumentos de lucha contra la evasión fiscal de un periodo concreto, el anterior a la aprobación de la ley FATCA, con la finalidad de utilizar las conclusiones críticas obtenidas en el ejercicio de comparación que llevaremos a cabo en los capítulos finales. El análisis se realiza sobre cada una de las campañas e instrumentos lanzados por cada uno de los actores y determina cuáles han sido los errores y limitaciones que han impedido su aplicación satisfactoria. Se incide especialmente en el intercambio de información como política fiscal y en la transformación de la OCDE.

En el capítulo cuarto se analiza FATCA como norma incluida en el Código Fiscal de los EE.UU., su naturaleza y alcance como instrumento de lucha contra la evasión

fiscal internacional y su efecto sobre el entorno internacional. La norma FATCA y los EE.UU. se analizan hacia fuera: la aplicación internacional de FATCA, las relaciones de los EE.UU. con el resto de actores y el dualismo que puede forjarse en el intercambio de información, así como hacia dentro mediante el análisis de la singularidad de los EE.UU., sus opciones políticas y el riesgo de ruptura.

En el capítulo quinto se estudia el efecto de FATCA sobre el resto de actores. La norma no solo ha sido aceptada generalmente, sino que sus soluciones han sido asimiladas a los instrumentos de lucha contra la evasión fiscal de otros actores internacionales como la UE y la OCDE, lo que representa el éxito definitivo de FATCA y la consolidación del intercambio de información automático internacional. A estas conclusiones se llega mediante el análisis normativo que definen las políticas y los instrumentos, lo que nos lleva a inferir comportamientos de los actores internacionales a raíz de FATCA.

Todo lo anterior concluye en un capítulo sexto que funciona como un análisis de la evolución resultante en el sistema fiscal internacional en el que se presentan los cambios que consideramos han propiciado el nacimiento de un nuevo equilibrio que nos lleva a ser más optimistas en las perspectivas de la lucha contra la evasión fiscal internacional.

La investigación finaliza con un capítulo VII de conclusiones y consideraciones críticas del estudio.

CAPÍTULO I: EL MUNDO *OFFSHORE* Y LA EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL: DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

En este capítulo, que se inicia con una aproximación a las motivaciones y elementos que determinan la evasión de impuestos, intentaremos descifrar qué es y cómo se produce la evasión fiscal internacional y cuales son las estructuras que lo soportan. Se intentará delimitar el problema de la evasión fiscal internacional a través de diversas cuantificaciones así como de la definición de los actores *offshore* y sus comportamientos.

1. EXPRESIÓN DE LA EVASIÓN FISCAL: APROXIMACIÓN Y EXPLICACIÓN DEL PROBLEMA

Expresar por qué se produce la evasión fiscal no es una tarea fácil. “La evasión fiscal es un fenómeno complejo que está influenciado no solo por motivos económicos sino psicológicos también” (Kirchler, 2007). Habría que incluir aquí también motivos sociológicos, culturales, políticos y legales.

El análisis de la evasión fiscal comienza desde el axioma Von Neumann - Morgenstern al plantear la evasión fiscal como “decisión del contribuyente con incertidumbre”, en la que el contribuyente tiene dos opciones, (i) declarar la renta real o; (ii) declarar menos de la renta real. Si elige la segunda estrategia, la rentabilidad dependerá de si es investigado o no por las autoridades fiscales. Si no es investigado el resultado será mejor que haber declarado honestamente, si es investigado le habría resultado mejor la declaración completa. A partir de esta asunción, Allingham y Sandmo (1972), sobre los fundamentos de los trabajos económicos de la actividad delictiva de Becker (1968) y los de análisis de las carteras óptimas de Arrow (1971) desarrolla la teoría económica de la evasión fiscal, demostrando Alm et al. (2012) que la honestidad (fiscal) se incrementa con la probabilidad de recibir una inspección y el nivel de las sanciones.

Los trabajos sobre las motivaciones de la evasión fiscal se han reproducido desde Allingham y Sandmo, intentando determinar cuál de las variables (inspección, sanción, tipo impositivo, nivel de ingresos, etc.) tiene una mayor incidencia sobre la declaración (in)completa de impuestos. Los resultados, puestos de manifiesto en la revisión de Kirchler et al. (2007) destacan la falta de claridad de los resultados sobre

las variables nivel de ingresos y tipos impositivos y un claro efecto disuasorio de las inspecciones y las sanciones.

Los resultados de los experimentos, por tanto, son por lo general poco concluyentes, más allá de la certeza sobre el efecto de las inspecciones,³ pero resulta interesante destacar como la gente muestra mucha diversidad en sus comportamientos fiscales y cómo las motivaciones quedan afectadas por numerosos factores. Hay contribuyentes que siempre cumplen y contribuyentes que siempre engañan, responden de manera diferente a los cambios en la carga fiscal, en definitiva, muchos se guían por las normas sociales (Alm et al., 1995). La política fiscal de detección y castigo es necesaria, y un buen punto de inicio, pero esta política tiene que enriquecerse tomando en consideración otras variables psicológicas y sociales. Destacar el papel importante que juega la moral fiscal⁴ (*tax morale*) y la relación de confianza entre los contribuyentes y las administraciones tributarias (Kirchler et al., 2007).

Sin embargo, de todas las variables analizadas, existen algunas que gozan de una mejor aplicación sobre el fenómeno de la evasión fiscal *offshore*. Sin existir una línea de investigación específica sobre las motivaciones de la evasión fiscal *offshore* como tipo de evasión fiscal con identidad académica propia, identificamos en los análisis sobre la evasión fiscal general las variables que consideramos tienen una mayor aplicación al fenómeno que estudiamos en este trabajo.

Destacamos dos elementos analizados en alguno de los trabajos expuestos por su mejor encaje dentro del fenómeno de la evasión fiscal *offshore*: por un lado, la oportunidad de cometer evasión fiscal y por otro la variable de la imposición sobre auto-empleados.⁵

³ Aunque incluso en este aspecto el factor social (normas sociales, moral fiscal, confianza en la administración) es determinante. Por ejemplo, en el experimento de Gërxhani y Schram (2006) sobre el efecto del incremento de las auditorías sobre el cumplimiento fiscal realizado en Albania y Países Bajos, a los participantes en Albania no les afectaba las probabilidades de recibir una inspección mientras que los de Países Bajos demostraban una mayor tendencia a evadir si las probabilidades de inspección eran bajas.

⁴ Definida en 1960 por Schmolders como “la actitud de un grupo o de una población entera de contribuyentes sobre el cumplimiento o incumplimiento de sus obligaciones fiscales; está anclado en la mente fiscal de los ciudadanos y en sus propias conciencias de ser ciudadanos, lo cual es la base de su más profunda aceptación de las obligaciones fiscales y reconocimiento de la soberanía del Estado”.

⁵ No referimos a auto-empleados (como traducción del término *self-employed* usado por los autores) más como auto-declarantes en referencia a aquella parte de la población cuya renta (o una parte de ella) no es salario, no queda sometida a retención y control de la autoridad tributaria a través de la información fiscal facilitada por el empleador, y en definitiva la declaración supone un acto de auto-

El primero de los elementos, la oportunidad de elusión o evasión fiscal, tiene una doble vertiente. La primera relacionada con las rentas altas, al poder permitirse los servicios de profesionales de la asesoría fiscal que pueden conocer las escapatorias (*loopholes*) del sistema para eludir o evadir el pago de impuestos (Slemrod et al., 2001) y la segunda relacionada con la naturaleza de las actividades *offshore* que incrementan las oportunidades de engañar. La oportunidad es un factor determinante de la evasión, que se dará cuando los contribuyentes perciben que la posibilidad de detección es baja (Antonides & Robben, 1995; Groenland & Van Veldhoven, 1983; King & Sheffrin, 2002; Kirchler, 2007; Robben et al., 1990).

El otro elemento, positivamente relacionado con el anterior es el autoempleo y la empresa. Unos y otros tienen mayores oportunidades para evadir (mayores al menos que aquellos contribuyentes que reciben un salario) y además, son por regla general las empresas y los individuos cuya fuente de ingresos no es salario aquellos que concentran la mayor parte las operaciones *offshore*.⁶

En conclusión, el fenómeno de la evasión fiscal *offshore* se alimenta principalmente de dos factores, el primero la oportunidad que supone evadir en operaciones internacionales debido, principalmente, a la falta de información que las administraciones tributarias tienen de operaciones realizadas en otros países y el hecho de que las operaciones internacionales suelen realizarse por multinacionales o por contribuyentes de rentas o patrimonios altos con recursos suficientes para obtener asesoramiento jurídico y fiscal que les facilite la elusión impositiva.

Destacamos sobre el primer factor (falta de información como oportunidad de evasión fiscal) cómo los agentes del sistema fiscal internacional han reaccionado convirtiendo el intercambio de información fiscal y financiera entre administraciones tributarias con la colaboración de las entidades financieras en eje de la lucha contra la evasión fiscal internacional, buscando paliar así la información asimétrica que permite a los contribuyentes tener la oportunidad de eludir y evadir el pago de impuestos.

declaración y auto-cálculo de impuestos por parte del contribuyente. Consideramos en esta categoría, desde el punto de vista de la oportunidad de evadir, tanto a individuos como a empresas.

⁶ Con el consiguiente efecto pernicioso sobre el incremento de la tributación sobre el trabajo y sobre la imposición indirecta en clave nacional.

Analizaremos a continuación cómo la propia estructura del sistema fiscal internacional ha venido generando oportunidades para evadir el pago de impuestos en las operaciones *offshore*.

2. MARCO DE LA EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL

Describir el problema derivado de la evasión fiscal internacional hoy conlleva ligarlo a los procesos globalizadores que operan desde finales de los años noventa. No se puede explicar uno sin los otros actualmente.

No obstante, para entender por qué los problemas derivados de la evasión fiscal internacional han aumentado en las últimas décadas hay que revisar previamente la estructura fiscal internacional de países colaboradores y no colaboradores, comenzando por los procesos de creación de los mismos y el rol de otros actores como las multinacionales, el sector financiero o las organizaciones internacionales en su desarrollo.

La estructura fiscal internacional con la que se llega a la crisis de 2008 es la derivada de la negociación bilateral nacida en la época de entreguerras y diseñada por la Sociedad de Naciones⁷ y seguida por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) a partir de la Segunda Guerra Mundial: esto es, sistemas bilaterales, principalmente entre países desarrollados que dejaban fuera a una parte importante del espectro económico financiero, como son los paraísos fiscales y los centros financieros *offshore* (CFO).

No significa esto que el sistema estuviera formado únicamente por relaciones bilaterales, existían igualmente acuerdos multilaterales e intentos de cooperación, pero estos no estaban lo suficientemente desarrollados o correctamente diseñados (o simplemente los países no consideraban la necesidad de cooperación) para afrontar las consecuencias de la crisis y la transcendencia de la evasión y competencia fiscal internacional que conllevó la globalización.

Por otra parte, los Estados Unidos, así como los países europeos y otros desarrollados apuntaron a los paraísos fiscales y CFO como objetivo a perseguir tras la crisis fiscal provocada por la crisis financiera en 2008. No era nueva la persecución de estos territorios precursores tanto de la evasión fiscal como facilitadores de la competencia

⁷ Continuada tras la Segunda Guerra Mundial por la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

fiscal perniciosa. La OCDE ya había comenzado su lucha contra estos países y territorios unos años antes. No obstante, se aprecia que desde la crisis de 2008 la batalla contra los paraísos fiscales y CFO es compartida y apoyada por todas las economías desarrolladas y se percibe como fundamental por aquellas emergentes y muchas en desarrollo.

2.1. EL FRAUDE, LA EVASIÓN Y LA ELUSIÓN FISCAL INTERNACIONAL: CONCEPTO, ORIGEN Y PRAXIS

El fraude, la evasión y la elusión fiscal existen prácticamente desde siempre. Las empresas e individuos siempre han estado tentados de evitar el pago de impuestos para hacer el capital más eficiente, en el primer caso,⁸ o retener más riqueza, en el segundo.

Esta minoración del pago de impuestos puede darse a través de cualquiera de aquellas formas, aunque no todas ellas representen el mismo proceso ni tendrán iguales consecuencias.

Por fraude entenderemos la evasión específica e intencionada de un contribuyente para evitar el pago de impuestos, en consonancia con su definición en el Diccionario de la Real Academia Española de acto tendente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o terceros. Normalmente se realizará a través de alguna solución previamente ideada, mediante actos, negocios o conjuntos de negocios, por lo general simulados, con los que se pretende evitar la aplicación de la normativa tributaria y en consecuencia evitar el pago de impuestos de forma injusta.

Por tanto, el fraude fiscal es el cometido contra la Hacienda Pública a través de irregularidades que simulan hechos o negocios ciertos que supone una pérdida de recaudación para Hacienda y un beneficio ilícito para el contribuyente.⁹

Por evasión consideraremos la violación directa de una norma fiscal, y la podemos dividir en función de su alcance en dos tipos: una ofensa menor que podría ser una mera negligencia en la cumplimentación de impuestos o una ofensa más seria y mayor como pueden ser la elaboración de declaraciones de impuestos, facturas o

⁸ “El Departamento Fiscal de la organización se convierte en un centro de ganancias, antes que un servicio específico de gestión de las obligaciones tributarias. O sea, el impuesto, en sí mismo, como fuente de beneficios o rentas financieras.” (Rosembuj, 2012)

⁹ En la vigente Ley General Tributaria el concepto de fraude fiscal ha sido sustituido por el de conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

contratos falsos. Esta última puede caer dentro de la clasificación de Fraude si hay elemento subjetivo intencional.

La evasión de impuestos, por tanto, es el hecho consumativo del beneficio ilícito e injusto de los contribuyentes cuando evitan el pago de sus impuestos. En materia internacional este hecho consumativo se realizará en gran medida mediante la ocultación (y en consecuencia infradeclaración) de beneficios o patrimonio que se localizan en el extranjero.

En relación con la elusión, siguiendo la definición del Diccionario de la Real Academia Española de evitar con astucia una (...) obligación, consideraremos dos tipos, según aquella astucia sea legal o ilegal, la primera estará más cerca de la planificación fiscal, la segunda de la evasión fiscal o incluso del fraude. Los sistemas fiscales, por regla general, reconocen la primera como el derecho del contribuyente a buscar la forma de que se su carga tributaria sea la menor posible (aunque en muchos casos también tratan de corregirla) y castigan la segunda, produciéndose aquí el conflicto de los límites jurídicos de aquellos contribuyentes que buscan el máximo ahorro mediante una actuación lícita o mediante un quebranto de la norma fiscal.¹⁰

Para explicar estos conceptos podemos acudir a un ejemplo: una sociedad española, para evitar el pago de impuestos sobre los beneficios y el consiguiente impuesto sobre el reparto de dividendos deslocaliza parte de sus beneficios a un territorio de menor tributación mediante la elaboración de un contrato simulado de prestación de servicios con una sociedad (de nueva creación y de su propia titularidad) allí localizada.

Tanto el beneficio (deslocalizado) como el reparto de dividendos tributarán a un tipo menor al que hubiera tributado en España o incluso cero.

Si la nueva sociedad localizada en el territorio de menor o cero tributación es una empresa sin actividad ni estructura (resultando que es la misma sociedad española la única que realiza actividad y obtiene el beneficio) y no se realiza ninguna declaración

¹⁰ Quiero traer aquí la famosa frase de Denis Haley, ministro británico de hacienda durante los años setenta, que decía que la diferencia entre la evasión y la elusión puede ser el grosor del muro de una prisión.

Es importante poner de manifiesto que desde el punto de vista de los Estados todos los anteriores comportamiento suponen reducción de sus ingresos tributarios y por tanto son objeto de preocupación, análisis y en muchas ocasiones toma de decisiones en forma de políticas fiscales, que en este trabajo pretendemos estudiar en el plano internacional.

de estas actividades a la Hacienda española, se habrá consumado el fraude fiscal y la consiguiente evasión de impuestos.

Pero si esta nueva sociedad se ha localizado en aquel territorio de baja tributación con la intención de dotarla de contenido y la actividad se puede considerar razonablemente allí realizada, nos podríamos encontrar con un supuesto de elusión fiscal lícito. No obstante, incluso en este caso, si la sociedad española o los socios ocultaran la obtención de beneficios a la Hacienda española (amparados en la falta de intercambio de información) nos podríamos encontrar con un supuesto de evasión de impuestos.

Países y territorios, en un entorno de competencia fiscal y económica, ofrecen eventualmente beneficios fiscales y falta de transparencia para atraer riqueza y empresas que puedan consumir la evasión de impuestos. Así, comprobamos que a finales del siglo XIX ciertos territorios comenzaron a ofrecer baja o cero tributación a las empresas por establecerse en ellos, además de favorecer el secreto bancario y establecer una suerte de laxitud en la regulación mercantil que favoreciera la actividad empresarial. Esta práctica comenzó en los EE.UU., concretamente en New Jersey y Delaware y el modelo fue exportado a Europa en la década de los 20, comenzando en el cantón Suizo de Zug, pasando posteriormente a Zúrich y Liechtenstein (Palan et al., 2009).

Conforme a lo anterior, podemos afirmar que la competencia fiscal internacional, los CFO y los paraísos fiscales nacieron hace más de un siglo.

La competencia fiscal, los paraísos fiscales y los CFO han producido desde su nacimiento numerosas operaciones mercantiles y financieras, movimientos de bienes y capital, estrategias jurídicas y fiscales, todas ellas favorecedoras de la evasión¹¹ fiscal internacional u *offshore*, pero también han generado la reacción en forma de políticas e instrumentos económicos, jurídicos y fiscales, de carácter unilateral, bilateral y multilaterales dirigidos a frenar su expansión.

¹¹ A lo largo de este trabajo, cuando no nos refiramos específicamente a fraude, evasión o elusión, utilizaremos el concepto evasión por su carácter más amplio y resultante final de la pérdida de recaudación (ilícita) de los Estados.

2.1.1. Cuantificación de la evasión fiscal internacional

Aunque no es el objetivo de esta tesis cuantificar la evasión fiscal internacional sino analizar las políticas fiscales de lucha contra su existencia, resulta interesante observar las diferentes estimaciones sobre su volumen, lo que nos llevará a extraer conclusiones que serán utilizadas en el devenir del trabajo.

Zucman (2013) en un intento de explicar las anomalías estadísticas entre inversiones y deudas a través del fallo en la captura de las inversiones localizadas en los paraísos fiscales y centros financieras *offshore*, concluye que el 8% de la riqueza doméstica (5,9 billones de dólares) se encuentra invertida en estos territorios y por tanto, susceptible de utilizar los mecanismos de evasión fiscal internacional.

Este trabajo es el primero en cuantificar la riqueza personal mantenida en paraísos fiscales y CFO, sin embargo, como el propio autor pone de manifiesto, otros trabajos más inclusivos difieren de sus cálculos.

Boston Consulting Group en 2009 cuantificó en 6,7 billones de dólares los activos de las familias que eran mantenidos *offshore*, mientras que Cap Gemini y Merrill Lynch lo elevan a 8,5 billones en un estudio de 2002. Tax Justice Network (2005) habla de 11,5 billones mientras que Palan et al. (2009) estimarán 12 billones.¹²

La primera conclusión que podemos extraer de estos datos es que el impacto de la evasión fiscal internacional, a pesar de que las estimaciones varían considerablemente, nos muestran un problema mayor.¹³ La evasión fiscal internacional detrae cantidades importantes de recaudación tributaria a los Estados, suponiendo, por una parte dificultades en las políticas presupuestarias y de gasto público y por otra la injusta carga de la tributación que se volcará hacia recursos fiscales menos deslocalizables.

¹² Como el propio autor puntualiza, hay que tener en cuenta que su trabajo se centra en las inversiones financieras de las familias, que pueden disponer *offshore* de otro tipo de inversiones como obras de arte o inversiones inmobiliarias.

¹³ Además se trata de un problema que afecta también a los países en desarrollo: un informe de Oxfam (2009) llevado a cabo por James Henry, que fue economista jefe de McKinsey & Co., tasó en 6,2 billones de dólares la riqueza de individuos de países en desarrollo mantenida *offshore* y la pérdida de recaudación de estos países entre 64.000 y 124.000 millones de dólares. En clave nacional, la misma ONG estima que el fraude fiscal en España cuesta 59.000 millones de euros, siendo esa cifra mayor que todo el presupuesto de sanidad. El 72% de la evasión se realiza por grandes empresas y grandes fortunas, apuntando a la evasión fiscal *offshore* como principal causa.

La segunda conclusión tiene que ver con la propia dificultad de cuantificación. Las estimaciones dispares no solo muestran las dificultades de realizar la cuantificación sino que identifica a la vez el problema que causa esa dificultad y que no es otro que la falta de transparencia y la ocultación que el mundo *offshore* supone para el sistema fiscal internacional.

2.1.2. Territorios permisivos con la evasión fiscal: paraísos fiscales y centros financieros *offshore*

En consecuencia, la fiscalidad internacional en materia de evasión fiscal podría dividirse, de forma muy elemental, en dos esferas: la esfera *offshore* como aquella que compite por atraer inversiones mediante el ofrecimiento de baja tributación, facilidades mercantiles y opacidad, frente a la esfera de los países que sufren la pérdida de bases imponibles y de recaudación fiscal como consecuencia de la acción de la esfera *offshore*. El mundo *offshore* se compone principalmente de países y territorios con autonomía normativa propia (soberanía fiscal) a los que se denomina paraísos fiscales y centros financieros *offshore*.

Trabajar académicamente sobre el concepto de paraísos fiscales, según la acepción española, implica iniciar el análisis a partir de un ejercicio de identificación y conceptualización del término. El concepto paraíso fiscal es utilizado en España, al igual que en otros países como Francia, de forma diversa a la acepción de refugio fiscal original derivada del concepto inglés *tax haven*.¹⁴

Con independencia de ese detalle, el concepto paraíso fiscal o refugio fiscal trata de ser evitado por organizaciones internacionales que prefieren hablar de centros financieros *offshore* o centros financieros internacionales.

Aunque paraísos fiscales y centros financieros *offshore* tienen grandes similitudes conceptuales y a menudo las organizaciones internacionales no diferencian entre unos y otros a la hora de listarlos o definirlos, sí se han considerado pequeñas diferencias.

Tax Justice Network (2007) utiliza la siguiente aproximación:¹⁵ “los paraísos fiscales y los centros financieros *offshore* están estrechamente relacionados, aunque no todas

¹⁴ Lo cual es posiblemente debido a una confusión del concepto inglés “*haven*” como refugio frente al de “*heaven*” de cielo o paraíso.

¹⁵ Según su propia definición, Tax Justice Network (TJN) es una red internacional e independiente lanzada en 2003 que desarrolla investigación, análisis y apoyo de alto nivel sobre la fiscalidad internacional, los aspectos financieros de regulación internacional, sobre el rol de la tributación en la

las jurisdicciones caerían en ambas categorías. Son también similares en eso, mientras casi cualquier jurisdicción puede tener algunas de las características de los paraísos o centros financieros *offshore*, un pequeño número son generalmente considerados como puro paraíso fiscal o puro CFO”

Esto es, los paraísos fiscales y los CFO comparten más requisitos identificadores que diferenciadores.

Partiremos de la delimitación de ambos conceptos proporcionada por TJN en el trabajo referido al ser completa y comprensiva. Destacamos de la definición de paraíso fiscal que en el mismo trabajo se ofrece, que la característica principal reside en que su normativa favorece la evasión o elusión de las obligaciones tributarias en otras jurisdicciones. O sea, facilitan la evasión fiscal internacional u *offshore*.

Para ello se sirve de sistemas mercantiles y financieros propicios que permiten la creación de las estructuras necesarias como las sociedades interpuestas, o la provisión de servicios financieros específicos y la falta de transparencia que permite que todo lo anterior funcione a espaldas de las administraciones tributarias: secreto bancario y secreto mercantil.

Adicionalmente ofrecen, por regla general, baja o nula tributación para no residentes y diferentes tipos de entidades extranjeras.

Para definir qué es un CFO, TJN acude a los trabajos realizados por el Foro de Estabilidad Financiera (FEF)¹⁶ en los que concluyen que los centros financieros *offshore* se caracterizan por ser jurisdicciones con unas características regulatorias específicas. Dice que los centros financieros *offshore* no son fáciles de definir, pero pueden ser caracterizados como jurisdicciones que atraen un alto nivel de actividad de

sociedad y el impacto de la evasión, la elusión y la competencia fiscal y paraísos fiscales. Buscan crear conocimiento y debate y promover reformas, especialmente en países pobres y no están alineados a ninguna corriente política (<http://www.taxjustice.net>).

TJN, al igual que otras organizaciones no gubernamentales como ATTAC, Oxfam o Christian AID han desarrollado un rol importante en el análisis de la evasión fiscal internacional, convirtiéndose, de algún modo, en agente del sistema fiscal internacional, y sus publicaciones y estudios se han convertido en una importante fuente de información usada por la doctrina fiscal.

El trabajo periodístico de investigación de ICIJ (The International Consortium of Investigative Journalists) también se considera fundamental en el desarrollo de los acontecimientos que han llevado al sistema de lucha contra la evasión fiscal internacional a la nueva etapa que aquí presentamos.

¹⁶ Antecesor del actual Consejo de Estabilidad Financiera (CEF), el Foro de Estabilidad Financiera fue creado en 1999 por el G7 (el CEF está soportado ahora por el G20).

no residentes. Tradicionalmente el término ha implicado algunas o todas de las siguientes características:

- Baja o nula tributación.
- Falta de retenciones.
- Sencillez en la constitución de sociedades.
- Sistemas de supervisión poco estrictos o laxos.
- Facilidad en el uso de vehículos societarios como los *Trusts*.
- No existe obligación para las instituciones financieras de presencia física para operar.
- Alto nivel de confidencialidad soportado por su régimen legal.
- Los anteriores incentivos no se ofrecen a residentes.

Como puede comprobarse, no existe una diferencia evidente entre paraíso o refugio fiscal y centro financiero internacional u *offshore*. Técnicamente, aunque se pueden matizar diferencias, son similares, sobre todo si tomamos en cuenta pequeñas jurisdicciones: ambos favorecen la evasión fiscal para no residentes con mecanismos regulatorios y baja o nula tributación.

La diferencia podría venir de la orientación de los países y territorios considerados puros paraísos fiscales hacia la evasión fiscal de los no residentes sin ser necesaria la existencia de un sistema financiero favorecedor de la evasión (valga el ejemplo de Liberia que ofrece registros mercantiles favorecedores de evasión fiscal sin servicios financieros adicionales) mientras que la configuración de los CFO parece más orientada a la facilitación de operaciones mercantiles y sobre todo financieras, que derivadamente fomentan la evasión. Además, para el caso de los CFO, las características comentadas son ofrecidas por jurisdicciones pequeñas (Islas Vírgenes o Antillas Holandesas), pero también por grandes jurisdicciones (valga como ejemplo Reino Unido y la “city” londinense), sin embargo solo las primeras caen dentro de la consideración de CFO o paraíso fiscal para las organizaciones internacionales.

Como veremos más adelante, al especificar la actividad realizada en estos territorios, las diferencias residen más en la orientación hacia un tipo u otro de actividad mercantil, fiscal o financiera favorecedora de prácticas evasivas.

a) Definición doctrinal

La complejidad a la hora de definir qué es un paraíso fiscal se puede resumir en la siguiente frase de Rosembuj: “uno de aquellos conceptos de los que todos saben su significado, pero que ninguno atina a su definición”.¹⁷

Efectivamente, la doctrina no se pone de acuerdo en la elaboración de un concepto de paraíso fiscal. Además, en España la incorrecta traducción del genuino concepto anglosajón *tax haven* nos lleva a considerar conceptos como refugio fiscal o nicho fiscal más ajustados a la definición original del término.

El concepto *tax haven* comenzó a ser utilizado en la década de los 50, aunque existe alguna referencia desde principio del siglo XX. La doctrina internacional tampoco tiene claro un concepto de *tax haven*. Es posible que una de las causas de no disponer de un concepto definido de *tax haven* se deba a que éstos van mutando conforme a las necesidades. Un paraíso fiscal no es igual en los años 70 con la crisis energética internacional que en la primera década de 2010 en pleno proceso globalizador. Ni tan siquiera es lo mismo el paraíso fiscal de antes de la crisis financiera de 2008 al que podemos encontrar hoy.

Los paraísos fiscales mutan en función de las necesidades de los contribuyentes de rentas y patrimonios altos y de las multinacionales, por un lado, y del trabajo de los profesionales y entidades encargados de planificar la fiscalidad de los evasores por otro. El fenómeno global y cooperativo en la lucha contra la evasión fiscal internacional que pretendemos analizar en este trabajo sin duda cambiará los posicionamientos de reguladores de territorios denominados paraísos fiscales, de los profesionales que trabajan gestionando las inversiones *offshore* y de otros actores implicados en la existencia y desarrollo de los paraísos fiscales. Previsiblemente esto conllevará una nueva mutación del concepto de paraíso fiscal y de los CFO y seguramente de la planificación fiscal internacional.

¹⁷ (Rosembuj, 1999) Impuestos, No.3, febrero 1999, pág.30. No obstante, resulta curioso que esta falta de definición aparece como una constante en instituciones y académicos. Sirvan como ejemplo los comentarios que el Tesoro americano hizo sobre los paraísos fiscales en 1981 expresando que no existe un criterio único, claro y objetivo que permita la identificación de un país como *tax haven* y el hecho de que 25 años después, Sharman alcanzará las mismas conclusiones, diciendo que el término *tax haven* carece de una clara definición y su aplicación es a menudo controvertida y disputada (Palan et al., 2009)

Llegados a este punto, nos parece idóneo utilizar el concepto de paraíso fiscal ofrecido por Palan et al. (2009) como aquellas “jurisdicciones que deliberadamente legislan con la intención de facilitar transacciones llevadas a cabo por personas no residentes en su territorio, con el propósito de evadir impuestos o regulaciones, facilitando así un velo jurídico destinado a ocultar la identidad de los beneficiarios de dichas operaciones”.¹⁸

Dentro de la doctrina española, más allá del acertado comentario de Rosembuj, la definición más elaborada de Hernández Viguera se puede considerar acertada, sobre todo por el acercamiento del concepto de paraíso fiscal al fenómeno de jurisdicción renegada, en línea con Eden y Kudrle (2003). Afirma Hernández Viguera (2010): “[Son paraísos fiscales] todos los centros financieros que desarrollan una actividad desregulada, descontrolada y ajena a las regulaciones comunes a los demás países con los que se relacionan, por estar destinados de modo especial a las empresas o a los particulares no residentes, actividad incentivada por la escasa o nula tributación”

Estas dos definiciones coinciden en aspectos como la regulación (lo que implica capacidad regulatoria, es decir, sistema legal propio y por tanto soberanía fiscal), la orientación hacia no residentes y el efecto evasivo mediante la escasa o nula tributación. No coinciden, sin embargo, en la ocultación o falta de transparencia, que no incluye Hernández Viguera en su definición, aunque es un elemento fundamental del concepto. No obstante, aunque estas características son tenidas en cuenta por la doctrina, queda sin embargo el pensamiento general de que no existe una definición única de paraíso fiscal puesto que existen muchas realidades del mismo. En función de lo ofrecido por cada una de las jurisdicciones, es decir, de la regulación favorable que ofrecen al capital, riqueza o beneficios, podemos encontrar diversos tipos de paraísos o CFO, cada uno con sus propias características. Estas referencias a la regulación (o desregulación) favorable a la evasión fiscal son elementos fundamentales que destacan en sus definiciones Palan, Murphy y Chavegnaux

¹⁸ También consideramos ajustada a la naturaleza de los paraísos y CFO la definición de Arribas Haro sobre esta definición de Palan, Murphy y Chavegnaux: “Como aquella jurisdicción que deliberadamente crea una legislación que facilita las transacciones llevadas a cabo por no residentes en su territorio, con el fin de evitar la tributación y/o la aplicación de determinadas normas y regulaciones, a través de un mecanismo que proporciona una pantalla legal que esconde a los beneficiarios efectivos de esas transacciones” (Arribas Haro, 2011)

(*deliberadamente legislan*) y Hernández Vigueras (*actividad desregulada, descontrolada y ajena a las regulaciones comunes a los demás países*).

b) Definición manejada de las organizaciones internacionales

Por su parte, las organizaciones internacionales han intentado una suerte de elaboración de listas de requisitos que de forma común se dan en los territorios o jurisdicciones calificados como paraísos fiscales y/o CFO. Existen una serie de requisitos mínimos, generalmente aceptados por las organizaciones internacionales, para considerar un territorio como tal:

- Baja o nula tributación (al menos para ciertos contribuyentes).
- Falta de transparencia o secreto fiscal y bancario.
- Legislación mercantil y bancaria flexibles.

No obstante este sistema de definición mediante listados de requisitos no es exclusivo de las organizaciones internacionales, la doctrina también ha hecho uso del mismo para acercarse a la definición de paraíso fiscal y de CFO. La complejidad de realizar una definición teórica y completa de paraíso fiscal o CFO es patente debido a las diversas características de estos, de ahí que la doctrina haya optado por usar definiciones genéricas combinadas con referencias a las listas de requisitos de las organizaciones internacionales para buscar una suerte de definición.¹⁹

Veremos más adelante en esta tesis cómo, efectivamente, organizaciones como la OCDE fueron acusadas de atacar la soberanía fiscal de ciertos territorios exigiendo cambios de sus sistemas fiscales mediante la presión internacional y como esta organización cambió hacia una postura menos agresiva y más conciliadora y comprensiva. De ahí, que las organizaciones internacionales, por su parte, se hayan decantado por utilizar referencias menos agresivas de los territorios que utilizan prácticas fiscales perniciosas para atraer multinacionales y grandes patrimonios, intentando, quizás, poner de manifiesto las diferencias de los sistemas fiscales (soberanos) antes que atacar a dichas soberanías. No obstante sí han intentado

¹⁹ Incidiendo en este hecho, resulta interesante como Rosenzweig (2010) justifica la no definición del concepto mediante referencias a la OCDE y algunos otros intentos de no definición de la doctrina: “*So far any attempt at a more formal definition of "tax haven" seems to devolve into some form of totality of the circumstances analysis, see OECD, HARMFUL TAX COMPETITION [...] or, even worse, an "I know it when I see it" approach, see PALAN ET AL. [...]. It is for this reason that this Article will not attempt to define what constitutes a "tax haven." Instead, this Article will assume that a tax haven is any country which engages in tax competition to attract capital. This assumption is used solely as a basis to further the incentives-based analysis discussed in this Article*”

identificar cuáles son esas prácticas y elaborar listados de países y territorios que las cumplen.

Entre las organizaciones internacionales implicadas en la problemática derivada de los paraísos fiscales y de la evasión fiscal hay que destacar a la OCDE. La OCDE se ha convertido en la más importante organización internacional en la identificación y seguimiento del fenómeno de los paraísos fiscales. También en la organización con mayor experiencia profesional en el fenómeno de la fiscalidad internacional con gran tendencia en los últimos años hacia la lucha contra la evasión fiscal. Desde largo tiempo se ha caracterizado por elaborar políticas de lucha contra paraísos fiscales, estudio de las prácticas perniciosas en materia fiscal y elaboración de listas de países en función de su compromiso con las obligaciones fiscales internacionales.

Así, en 1998 la OCDE lanzó el informe *Harmful Tax Competition*²⁰ para dar respuesta a las inquietudes de los miembros de la organización sobre el problema de los paraísos fiscales, centros financieros *offshore* y en resumen sobre la competencia fiscal dañina.

De ahí se puede extraer el concepto de la OCDE de paraíso fiscal. Utiliza un criterio de lista de requisitos en su definición:

- Baja o nula imposición.
- Diferenciación de regímenes fiscales (residentes vs. no residentes).
- Falta de transparencia.
- Falta de intercambio efectivo de información.

Ante la falta de unanimidad en la doctrina y organizaciones en la definición de paraíso fiscal y CFO, el Fondo Monetario Internacional (FMI) ha intentado hacer un acercamiento más empírico para definir qué es un CFO.

Así, Zoromé (2007), economista y representante residente del FMI, en 2007 lanza un estudio sobre datos macroeconómicos para desvelar desde un punto de vista puramente estadístico qué jurisdicciones actúan como CFO.

Considerando que la principal razón de los CFO es la prestación de servicios financieros a no residentes, llega a la conclusión de que CFO puede definirse objetivamente como aquella jurisdicción que presta servicios financieros a no

²⁰ Nos referiremos a esta campaña a lo largo de este trabajo como competencia fiscal dañina.

residentes en una escala desproporcionada en relación con el tamaño y financiación de su economía doméstica.

En este intento de desligar la definición de paraíso fiscal o CFO de los motivos subjetivos que los contribuyentes consideran para utilizarlos (el *savoir-faire* o saber hacer de los territorios, la baja o nula tributación o la laxa regulación), Zoromé trata de identificar los centros financieros *offshore* midiendo la actividad financiera de los servicios a la exportación,²¹ y corrigiendo esta con otros datos y estadísticas publicadas por el FMI.²²

En concreto pretende lanzar una definición alternativa de CFO basado en la naturaleza de su actividad económica y desarrollando un método estadístico para identificar a los centros *offshore*. El resultado del trabajo es que las jurisdicciones resultantes como CFO del análisis de Zoromé coinciden en su mayor parte con las listas de CFO desarrolladas por el FMI.

En conclusión, la doctrina no encuentra un concepto teórico omnicomprendivo del fenómeno paraíso fiscal o CFO debido a la diversidad de regulaciones ofrecidas por estos y las organizaciones internacionales se centran más en analizar comportamientos y datos que les permitan identificar cuáles son los territorios que realizan prácticas que perjudican las bases fiscales de los países.

No obstante, doctrina y organizaciones internacionales coincidirían en muchos de los comportamientos, regulaciones y estructuras ofrecidas por países y territorios para conformar propiamente un paraíso fiscal o un CFO, igualmente llegarían a un alto nivel de coincidencia en el caso de elaborar listas de paraísos y CFO, incluso coincidirían en esa lista con análisis más empíricos como el de Zoromé. Sin embargo, partiendo de la definición doctrinal desde la regulación hacia la atracción, la doctrina consideraría como paraísos o CFO algunos territorios o países que las organizaciones internacionales no consideran porque las jurisdicciones de acogida de tales regulaciones son miembros de las propias organizaciones internacionales.²³

Como quiera que en este trabajo se analiza la evasión fiscal internacional, con independencia del tamaño de la jurisdicción, centrada solo en una parte de los

²¹ Pone como ejemplo Islas Vírgenes Británicas en 2000, cuando los ingresos derivados de servicios contables supusieron el 13% del PIB.

²² *Coordinated Portfolio Investment Survey e International Investment Position Data*.

²³ Sirva como ejemplo el caso de Delaware en EE.UU.

contribuyentes como beneficiarios reales de las estructuras facilitadoras de la evasión y se considera la falta de transparencia como una de las características fundamentales del problema, se podría definir como paraíso fiscal o CFO, indistintamente,²⁴ aquellas jurisdicciones que utilizan su capacidad normativa para diseñar sistemas legales favorables para multinacionales y riqueza, generalmente no residentes, facilitadores de (i) la ocultación de sus inversiones a las administraciones tributarias de residencia y/o (ii) de operaciones mercantiles, contables o financieras que permitan reducir o anular la carga impositiva de sus bases imponibles.

Una vez expuesta la aproximación al concepto de paraíso fiscal y CFO desde la perspectiva teórica a la perspectiva empírica, y dejando la definición que consideramos más aproximada al fenómeno que abordamos en esta tesis, nos interesa ahora analizar cómo funcionan, cuáles son las principales corrientes de evasión fiscal, cuáles son los territorios y por qué estos y no otros.

Para ello comenzaremos con un análisis básico de la formación de los paraísos fiscales. Posteriormente abordaremos cómo funciona la evasión fiscal.

2.2. EL PROCESO DE FORMACIÓN DE LOS PARAÍDOS FISCALES Y LAS REACCIONES DE LOS PAÍSES Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Hay que remontarse a los inicios del siglo XX para ver las primeras prácticas evasivas y la aparición de los primeros territorios que ofrecían refugio fiscal para los contribuyentes con altos patrimonios y/o rentas. En muchos casos la utilización de refugios fiscales tenía razones más de protección patrimonial ante situaciones peligrosas que por la búsqueda de la evasión fiscal.

No obstante, las prácticas evasivas y el funcionamiento de los paraísos fiscales no siguen un único patrón. Dependerá de las circunstancias de cada uno de los territorios.²⁵ No es igual la forma de operar ni los intereses de los clientes en Suiza que la de aquellos que utilizan las Islas Vírgenes como refugio. No obstante, normativas desarrolladas por algunos territorios han seguido parámetros utilizados en

²⁴ No nos preocupa tanto la distinción conceptual entre paraíso y CFO sino los efectos de sus regulaciones sobre la evasión fiscal internacional. En consecuencia optamos por una definición finalista antes que formalista.

²⁵ Tal como dijimos en la definición de los conceptos de paraíso fiscal y CFO, la elección de una jurisdicción u otra por parte de los evasores dependerá de la legislación deliberada o la actividad desregulada ofrecida por tal jurisdicción.

otros con la finalidad de conseguir similares resultados. Así, por ejemplo, Liechtenstein siguió la forma de operar suiza, a su vez Suiza siguió el modelo desarrollado por Delaware.

Podemos datar en el siglo XIX el comienzo de la cadena de acontecimientos que concluyó en el sistema de paraísos fiscales o centros *offshore* que hoy conocemos. Para ello seguiremos el cronograma utilizado por Tax Justice Network²⁶ para explicar el desarrollo del fenómeno. La cadena de acontecimientos comenzaría en 1815, año en el cual Suiza garantiza su neutralidad ante las potencias europeas en el Congreso de Viena.²⁷ Esto, unido a los momentos de convulsión que había vivido Europa, supuso que muchas familias ricas aseguraran sus ahorros en los bancos suizos. De esta forma, protegerían su riqueza en un Estado que, por principios, quedaba fuera de conflictos, y consiguientemente ocultaban el patrimonio de exigencias recaudatorias para sufragar nuevas guerras. Lo anterior unido a la fama del sector bancario suizo,²⁸ supuso el primer gran movimiento de capitales del nuevo régimen.

Si consideramos éste el origen de los paraísos fiscales que hoy conocemos, podemos, en consecuencia, deducir que fueron dos los motivos que impulsaron su existencia: el primero, el más conocido de la ocultación, que permitirá a los contribuyentes evadir impuestos, pero a este motivo se une otro fundamentado en la seguridad, que se verá favorecida por la estabilidad de la jurisdicción en el que se decide proteger el patrimonio. Esta última ya era ofrecida por Suiza en aquel entonces. La primera (ocultación y consiguiente evasión) se consolidaría más de un siglo después.

A finales del siglo XIX se producen otros hechos, principalmente en los EE.UU., que propiciaron la aparición de los paraísos fiscales. Al nacimiento del fenómeno societario en el Reino Unido y los EE.UU. durante el siglo XIX, le siguió la competición de regulaciones entre los estados de este último ofreciendo mayores facilidades en la gestión de la constitución y llevanza de las sociedades así como beneficios fiscales. Efectivamente, ciertos estados de los EE.UU., como New Jersey y

²⁶ http://releasd-images.s3.amazonaws.com/0y12v/tth_infographic_final.jpg

²⁷ Suiza es, efectivamente, un Estado neutral desde 1515, un estatus que fue reconocido en la Paz de Westfalia en 1648, por primera vez oficialmente declarado en 1674 y reiterado en 1815 por las potencias europeas en el Congreso de Viena, que veían en la neutralidad helvética un elemento importante del nuevo equilibrio europeo (http://www.swissworld.org/es/politica/politica_exterior/neutralidad_y_aislacionismo/)

²⁸ Voltaire diría “si alguna vez ve saltar a un banquero suizo por la ventana, salte detrás. Seguro que hay algo que ganar”.

Delaware, comenzaron a otorgar beneficios a las corporaciones constituidas allí para contrarrestar la fortaleza de estados como Massachusetts o New York.

Más allá de otros intentos de atraer compañías que se produjeron en los siguientes años, el hito más importante en la cadena de acontecimientos se localiza en el cantón suizo de Zug en la década de 1920. Suiza es el país europeo que más se asemejaba a los EE.UU.: dividido en cantones, estos disponían de gran autonomía para legislar en materia fiscal (imposición directa) y en materia mercantil. Además, la primera guerra mundial había generado una nueva ola de transferencia de riqueza a Suiza (por motivo de seguridad), y los cantones suizos habían comenzado una especie de competencia en la captación de inversiones.

Así, al igual que New Jersey o Delaware desafiaron a New York o Massachusetts para atraer corporaciones, el cantón de Zug desafió a Zúrich. Simplicidad en la constitución de compañías y beneficios fiscales hicieron el resto. El efecto contagio hizo que otros cantones suizos y otros territorios fuera de Suiza, tales como Luxemburgo o Liechtenstein, copiaran el modelo. Todas estas demarcaciones se han mantenido como paraísos fiscales desde entonces.²⁹

A estos cambios legislativos hay que añadir lo que podría considerarse la aparición de los primeros vehículos fiscales. En el Reino Unido, en aquel entonces comienza a aparecer el *Trust*³⁰ como entidad propicia para ocultar la titularidad de la riqueza. En 1926 en Liechtenstein aparece el *Anstalt*,³¹ especie de fundación opaca y en 1929 el *Holding*³² luxemburgués. Todas las anteriores han funcionado como sociedades pantalla o propicias de la planificación fiscal internacional hasta ahora.

²⁹ Para una revisión del origen de los paraísos fiscales ver Palan et al. (2009)

³⁰ Consideraremos el *Trust* como una relación entre varias personas y/o elementos, que se configura como un mecanismo en el que el *trustee* gestiona un patrimonio para uno o más beneficiarios. El *settlor* o *trustor* es la persona que crea el *Trust*. El beneficiario es la persona que posee el *equitable title* o derecho al beneficio y en consecuencia recibe los beneficios de la gestión del patrimonio. Existe una relación fiduciaria entre el *trustee* y el beneficiario.

³¹ *Anstalt* es un tipo de sociedad formada por uno o más individuos o personas jurídicas que es reconocido jurídicamente solo en Liechtenstein, única jurisdicción en la que puede ser creada. Muy usada por no residentes como sociedad holding y para otros negocios no relacionados con Liechtenstein. Aunque tiene características de las sociedades mercantiles, el *Anstalt* se asemeja al *Trust*, por ejemplo en el hecho de que puede tener beneficiarios. Algunas características del *Anstalt* son que el capital generalmente no está dividido en acciones o que los beneficiarios pueden tener diversos grados de control sobre los activos (incluso nulo).

³² La *participation exemption* (100%) es la que hace del *Holding* luxemburgués un vehículo propicio para la planificación fiscal internacional.

Reino Unido dio también un fuerte impulso a la creación de los paraísos fiscales y CFO mediante controvertidas sentencias de su justicia en las que pusieron de manifiesto la aparición del concepto de entidad no residente con privilegios fiscales (a la postre una de las características de muchos centros *offshore*).

Fue el conflicto que los bancos suizos mantuvieron con la justicia francesa en 1934 lo que desató la revolución que supuso la aparición del secreto bancario. Ante el descubrimiento por parte de las autoridades francesas del fraude en masa que algunas altas personalidades del ejército, la política, la iglesia y la empresa privada estaban llevando a cabo utilizando bancos suizos, y la presión de la justicia francesa a los directores de dichos bancos para descubrir la información, la patronal bancaria suiza presionó a su gobierno para que aprobara una normativa que protegiera el secreto bancario. Así, en 1934, Suiza aprueba el secreto bancario mediante una ley penal que impondría fuertes sanciones económicas e incluso pena de cárcel para aquellos trabajadores de entidades financieras que revelaran la información de sus clientes.

Perfeccionaba así Suiza la creación de su territorio como refugio fiscal dando sentido a los dos motivos inspiradores: a la estabilidad económica y política (seguridad) sumaba el secreto bancario que haría de las inversiones en sus bancos información inaccesible para las administraciones tributarias (ocultación y evasión de impuestos).

Al mismo tiempo, en los EE.UU. el crimen organizado, mediante algunos de sus más conocidos protagonistas como Meyer Lansky,³³ estaba creando las estructuras en paraísos fiscales que utilizarían desde entonces para el lavado de dinero procedente de actividades delictivas. Este ha sido otro de los grandes negocios de los paraísos fiscales y CFO, no exactamente ligado a la evasión fiscal que estudiamos en esta tesis, pero cuya referencia en la formación de los paraísos fiscales debe al menos ser apuntada. Inicialmente se usaría Suiza para esta actividad, pero con el tiempo pasaron a territorios más próximos a los EE.UU.: primero Cuba, finalmente Bahamas.

³³ Meyer Lansky fue un *gangster* que consiguió desarrollar un sistema de ocultación de los ingresos del crimen organizado. Perseguido por el *Internal Revenue Service* (IRS, la administración tributaria de los EE.UU.), consiguió eludir la responsabilidad de sus crímenes. No desarrolló una faceta violenta, como Capone, sino que ha quedado como el cerebro del crimen organizado. Por ejemplo, consiguió demostrar, al contrario que Capone, que disponía de suficientes ingresos para mantener su nivel de vida: reportaba 40.000 dólares como renta, mientras ocultaba cientos de millones en paraísos fiscales bajo su control. Finalmente, ante la persecución del IRS acabó abandonando el país para vivir en Israel (Scott, 2014).

Por tanto, hasta la década de 1930 se fueron definiendo territorios que comenzarían a operar como paraísos fiscales y CFO, ofreciendo facilidades normativas para instalarse o invertir desde tales jurisdicciones. Adicionalmente se habían creado los vehículos societarios para invertir, el secreto bancario y el lavado de dinero.

A partir de entonces, llegó la segunda guerra mundial en la que Suiza nuevamente se vio beneficiada, esta vez por partida doble: nazis y judíos recurrirían a sus servicios bancarios para ocultar su patrimonio.

Es a partir de la postguerra, en los años 50 cuando comenzaría a funcionar lo que se acerca más a lo que hoy podemos conocer como paraísos fiscales. Es de nuevo el Reino Unido quien inicia la desregulación financiera, creando en la propia “city” londinense un mercado financiero *offshore* que permitía a bancos y entidades financieras operar allí en cualquier divisa diferente de la libra esterlina sin estar sometidos a las leyes británicas. Una especie de tierra de nadie perfecta para diseñar y ejecutar operaciones financieras sin que las administraciones tributarias conocieran el contenido de las mismas.

En paralelo el Reino Unido desarrollaba sus paraísos fiscales *offshore* (geográficamente hablando). De hecho, de los once territorios permanentemente poblados que mantiene en ultramar, siete han sido considerados recurrentemente por las organizaciones internacionales como paraísos fiscales: Bermuda, Islas Caimán, Islas Vírgenes Británicas, Gibraltar, Islas Turcas y Caicos, Anguila y Montserrat. Además al Reino Unido pertenecen las islas del canal (Jersey y Guernesey) y la Isla de Man, todos ellos considerados paraísos fiscales.³⁴

Desde entonces y hasta prácticamente ahora se ha mantenido el sistema con algunas variaciones. Lo más significativo en este espacio de tiempo ha sido el tremendo crecimiento de operaciones y del negocio *offshore*. El crecimiento económico mayúsculo de la década de los sesenta, junto con los avances tecnológicos lo impulsaron.

Efectivamente, desde la finalización de la segunda guerra mundial y como consecuencia de la reconstrucción europea, las operaciones e inversiones

³⁴ Todos ellos, por ejemplo, dentro de la lista del FMI elaborada en el años 2000 (<https://www.imf.org/external/np/mae/oshore/2000/eng/back.htm>) o en la lista de la OCDE del año 2000 en su campaña competencia fiscal perniciosa (<http://www.oecd.org/ctp/harmful/2090192.pdf>)

transnacionales crecieron de forma ostensible. A lo anterior se unió la innovación y el desarrollo, y los acuerdos comerciales arancelarios (GATT por sus siglas en inglés, firmado en 1947) lo que concluyó en unos crecimientos económicos e incrementos del comercio internacional muy altos durante las décadas de los cincuenta, sesenta y setenta. Consecuencia de lo anterior fue el incremento y liberalización de los mercados de capitales internacionales.

A todo lo anterior se sumó la creación del *Euromarket*³⁵ en la “city” londinense, mercado de capitales en los que existía la posibilidad de financiarse en moneda diferente de la libra esterlina (generalmente dólar americano) a precios muy bajos.

Todo lo anterior precipitó la aparición de un nuevo modelo de negocio para las multinacionales basado en estructuras internacionales con predominio de la utilización de territorios *offshore* y aprovechamiento de convenios de doble imposición (CDI):³⁶ por ejemplo, multinacionales americanas preferían financiarse en dólares fuera de los EE.UU. (ya que el *Euromarket* ofrecía mejores precios de financiación), de esta manera utilizaban las Antillas holandesas valiéndose del tratado de doble imposición entre los EE.UU. y Países Bajos y evitando así las retenciones por los pagos de intereses a las Antillas Holandesas (Morriss & Moberg, 2012). En aquel momento la administración tributaria americana consintió tal uso y abuso de tratados, fomentando así la deslocalización y el uso de paraísos y CFO.³⁷

El Fondo Monetario Internacional (FMI) describe el fenómeno de la localización extranjera de las sociedades financieras de las multinacionales en su informe *Offshore Financial Centers IMF Background Paper* (International Monetary Fund, 2000). Localiza el nacimiento del fenómeno CFO en la década de los años sesenta y setenta

³⁵ Mercados en los que los bancos negocian en divisa diferente a la propia, por ejemplo, eurodólar son mercados de dólares fuera de los EE.UU. El prefijo ‘euro’ se refiere al hecho de que tales depósitos primero aparecieron en Europa sobre 1955. La desregulación de este tipo de mercados comparada con las restricciones regulatorias de los mercados de divisas de los países de residencia de las multinacionales hicieron a este mercado muy atractivo. Londres jugó un papel relevante al ser el centro del *Euromarket* y controlar prácticamente el 80% del mercado. Sucursales de los principales bancos mundiales estaban allí radicadas.

³⁶ Ver diagrama del uso de *Treaty Shopping* de financiación en Anexo.

³⁷ Hoy, debido al excesivo desarrollo de aquellas estructuras internacionales y el sistema americano que permite a sus multinacionales diferir impuestos sobre los beneficios realizados y no repatriados, se ha producido una acumulación multimillonaria de beneficios sin tributar y retenidos fuera de sus fronteras, convirtiéndose en una de las discusiones más relevantes y debatidas por doctrina y especialistas en materia fiscal en los EE.UU. El famoso *deferral* o diferimiento de impuestos de las multinacionales americanas. Casos tan conocidos como el de Apple, Inc., que prefirió pedir un préstamo de 6.500 millones de dólares para pagar dividendo antes que repatriar parte de sus 178.000 millones de dólares en tesorería para no pagar impuestos sobre la repatriación de beneficios.

y en el conservadurismo de las regulaciones financieras en los países industrializados que limitaban la actividad financiera mediante supervisión y normativa sobre tipos de interés, controles de capital, alta tributación o la restricción de productos financieros. En consecuencia el negocio bancario *offshore* emergió para dar respuesta a las multinacionales y sus necesidad de financiación. El *Euromarket* ya comentado, pero también su contrapartida el *Asian Dollar Market* permitieron a los bancos extranjeros realizar transacciones financieras en un ambiente más favorable desde el punto de vista fiscal, pero también regulatorio.

En Europa, Luxemburgo atraía inversores desde Alemania, Francia o Bélgica en los primeros años setenta como consecuencia de su baja tributación, no retención en los dividendos para los no residentes y su secreto bancario. Los mismos conceptos eran ofertados por las Islas del Canal aun en Europa, Bahrein en Asia o las Bahamas e Islas Caimán en el Caribe. Tras estos, otros intentaron atraer inversiones. Así, hasta finales de los años noventa cuando los países industrializados relajaron sus regulaciones y el efecto de ciertas medidas de atracción por los países industrializados se hizo notar.³⁸ No obstante, las ventajas fiscales y una mayor laxitud de los reguladores financieros característicos de este tipo de territorios siguieron intactos. Esto fue aprovechado por la industria bancaria de gestión de activos que creció en importancia.

En consecuencia, los CFO ya no eran exclusivos para el negocio financiero y bancario flexible³⁹ pero mantenían la atracción para las compañías multinacionales y los individuos, aprovechando estos últimos tales territorios para reducir la tributación sobre el capital y las herencias, por ejemplo, mediante la utilización de vehículos fiscales como los *Trusts* y las multinacionales aprovechando la deslocalización de parte de sus beneficios a estos territorios por sus bajos impuestos.

Vemos pues cómo el negocio bancario relacionado con las multinacionales creó estructuras que sirvieron para configurar el entorno de paraísos fiscales y CFO existente.

³⁸ EE.UU. estableció las denominadas *International Banking Facilities* o Japón el *Japanese Offshore Market* que pretendían competir con los CFO desde casa.

³⁹ Aunque el peso del negocio bancario en los CFO ha seguido siendo importante para los bancos domiciliados en países con sistemas financieros altamente regulados o para aquellos proveniente de las economías emergentes. La crisis financiera de 2008 estuvo altamente marcada por el exceso de inversiones financieras *offshore* en productos derivados que tenían más dificultad de ser diseñados y comercializados en territorios *onshore*.

Por tanto el fenómeno no es nuevo. Tampoco la preocupación por los excesos derivados. Así, ya en 1981 el *Special Counsel for International Taxation*, Richard A. Gordon, presentó el informe *Tax Havens and Their Use by United States Taxpayer – An Overview*. Dicho informe fue solicitado por el *Internal Revenue Service* (IRS), la Fiscalía General y la Secretaría del Tesoro, y a dichas instituciones está dirigido el estudio. Se trata del primer trabajo omnicomprendivo sobre los paraísos fiscales y su utilización (por contribuyentes americanos).

Un informe como este ha ayudado mucho a los EE.UU. y al IRS a lo largo de estos años a luchar contra la evasión fiscal. Efectivamente desde entonces desde los EE.UU. se han tomado decisiones tendentes a poner límites a la evasión fiscal *offshore* (como las cancelaciones del tratado fiscal con las Antillas Holandesas o el denominado *Caribbean Basin*)⁴⁰ y alguna otra medida dirigida a exigir información a los contribuyentes con inversiones *offshore* (por ejemplo, el *Qualified Intermediary* o QI).⁴¹ No obstante, durante todos estos años, y en buena medida apoyado por avances técnicos (los vuelos al Caribe desde New York se estandarizaron) la evasión y ocultación fiscal a través de paraísos fiscales y CFO fue en aumento.

En 1998 la OCDE comenzó a trabajar sobre la evasión fiscal internacional y el concepto de competencia fiscal perniciosa.⁴² Se sucedió a partir de 2002 la era de los Acuerdos de Intercambio de Información (AII).

Tras diez años, y con la aparición de la crisis financiera de 2008, los Estados fueron conscientes de que las medidas tomadas contra la evasión fiscal y los paraísos fiscales habían sido insuficientes. Podemos decir que a partir de ese momento comienza un cambio en la forma de luchar contra la evasión fiscal, FATCA⁴³ y sus consecuencias ponen los cimientos y amenazan a las estructura evasoras con quedar fuera del sistema financiero y el intercambio de información se convierte en clave. Por último, el compromiso de la comunidad internacional en acabar con la evasión fiscal parece cierto a partir de este momento.

⁴⁰ Negociación de mediados de los años ochenta encaminada a firmar protocolos de intercambio de información con los países del Caribe.

⁴¹ Primera medida de control de información fiscal impuesta a las entidades financieras previa a FATCA y cuyo fracaso fue una de las razones del nacimiento de esta última.

⁴² Año de presentación de su informe *Harmful Tax Competition*.

⁴³ *Foreign Account Tax Compliance Act*.

2.3. CLASIFICACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LOS PARAÍOS FISCALES Y CENTROS FINANCIEROS *OFFSHORE*

La evasión fiscal *offshore* comienza por la ocultación. Efectivamente, como hemos puesto de manifiesto en el epígrafe anterior, uno de los motivos que originariamente empujó la creación de paraísos fiscales fue la seguridad mediante la ocultación del patrimonio en otras jurisdicciones más estables ante riesgos y negocios derivados de guerras.⁴⁴ Es el caso de Suiza, la reacción de este país a la entrada de dinero fue crear refugios para el mismo mediante el desarrollo del negocio financiero y la regulación mercantil. Esto definiría en última instancia su transformación en paraíso fiscal.⁴⁵ En otros casos la ocultación vendría impuesta por la necesidad de encubrir la procedencia de dinero ilícito. Las jurisdicciones colaboradoras desarrollaron normativas opacas, lo que las convertiría en paraísos o CFO.

El secreto y la ocultación, así como las regulaciones mercantiles y financieras favorables, finalmente se convirtieron en un bien demandado por contribuyentes con altas rentas y patrimonios y por multinacionales, principalmente residentes fiscales de países desarrollados.

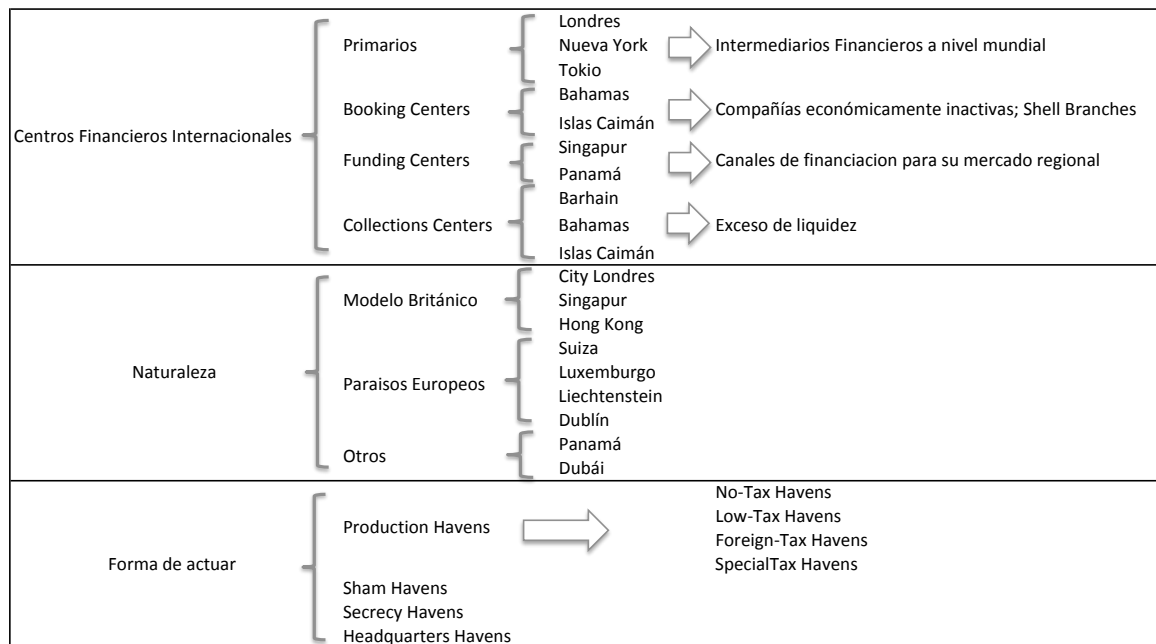
Cada una de las jurisdicciones que se ha convertido en paraíso fiscal o CFO tiene una razón de ser diferente, aunque muchas veces los impulsos de unos han seguido las corrientes de los otros.

Para analizar el funcionamiento y naturaleza de los CFO y paraísos fiscales vamos a seguir el diagrama mostrado en la Figura 1.

⁴⁴ Famosas por polémicas y generadoras de diversos conflictos son las cuentas abiertas en Suiza por judíos temerosos de la Alemania nazi y que nunca fueron reclamadas una vez acabada la guerra. Suiza se negaba a aceptar judíos dentro de sus fronteras, pero no se negaba a aceptar su dinero. Lo mismo ocurrió con el oro nazi que sirvió para prolongar la guerra gracias a la intermediación financiera de Suiza (Sage, 1998)

⁴⁵ Así, por ejemplo, las entradas de dinero en Suiza fueron seguidas por medidas tendentes a consolidar el paraíso fiscal.

Figura 1: Clasificación de los paraísos fiscales y centros financieros offshore



Fuente: Elaboración propia a partir de Park (2011), Eden y Kudrle (2005), Palan, Ronen (2002) y Ambrosanio y Caroppo (2005).

Siguiendo esta clasificación, existirían cuatro tipos de centros financieros internacionales según Park (2011):

- Los centros financieros primarios como Londres, Nueva York o Tokio, sustentados por grandes economías y mercados financieros en las que los agentes prestan y se endeudan a nivel global. Son perfectos intermediarios financieros a nivel mundial. Fomentan y financian a los mercados secundarios o regionales, como Luxemburgo, Hong Kong o Singapur, en función de su influencia geográfica.
- Los *booking centers* como Bahamas o Islas Caimán como centros financieros *offshore* que permiten el registro de compañías económicamente inactivas, por razones puramente fiscales. Debido a la normativa fiscal y mercantil favorable los bancos internacionales sitúan allí sus sociedades pantalla o *shell branches* que reciben depósitos y prestan dinero (y los registran en sus libros, de ahí el nombre de *booking centers*). Los *booking centers* carecen de estructura personal y/o material ya que la laxa normativa permite la constitución e incorporación con un simple apartado de correos. Todo lo anterior está

orientado a No Residentes. Así, los *booking centers* están planteados como almacenes de fondos dirigidos a inversiones en cualquier parte del mundo, pero por regla general, lejos de donde el *booking center* se encuentra localizado.

- Los *funding centers* como Singapur o Panamá como centros financieros receptores que funcionan como canales de financiación para su mercado regional. Así, por ejemplo. Singapur es el mayor receptor de fondos procedentes de los mercados financieros londinenses. La mayoría de estos fondos son invertidos en Asia. Lo mismo con Panamá y su zona de influencia, como por ejemplo la Zona Libre de Colón.
- Y los *collection centers* como Bahrein que son la contraposición a los *funding centers*. Son centros financieros con exceso de liquidez debido a la baja capacidad de absorción de inversiones de su zona geográfica. Estos excesos de liquidez se acumulan en los *collection centers* a la espera de la intervención de los bancos internacionales para realizar una gestión patrimonial óptima.

Por su parte, los paraísos fiscales y CFO pueden diferenciarse en tres grupos, según su naturaleza y origen:

- Los basados en el modelo británico, bien en Reino Unido o en las dependencias del antiguo imperio británico, cuyo centro radica en la “city” londinense y está alimentada por el *Euromarket*: dependencias de la corona, territorios de ultramar, atolones del pacífico, Singapur y Hong Kong.
- Los denominados paraísos europeos, en los que están localizadas las sedes de las principales empresas, sedes financieras y bancos privados, como Suiza, Luxemburgo, Liechtenstein o Dublín.
- Y un grupo de territorios que emulan los anteriores: Panamá, Uruguay o Dubái.

Por último, por la forma de actuar, podemos encontrarnos con *production havens* que utilizan como reclamo sus bajos o nulos impuestos, los *sham havens* que se caracterizan por ser refugio para los fondos de las grandes compañías y los *secrecy havens* que se encargan de ocultar la titularidad última de los fondos allí depositados. Muchos territorios cumplen con dos de los tres tipos (Eden & Kudrle, 2005).

En cuanto a los primeros, los *production havens*, sus sistemas tributarios favorables se caracterizan a su vez en *no-tax havens*, es decir, los tipos impositivos son inexistentes o cero, *low-tax havens*, bajos impuestos, *foreign-tax havens* con tipos impositivos inexistentes para no residentes o rentas de fuente extranjera y *special-tax havens* o territorios con privilegios para ciertos sectores o tipos de sociedades (Palan, R., 2002) (Ambrosanio & Caroppo, 2005).

Otra catalogación podría hacerse por el tipo de servicio prestado: si ofrecen bajos tipos impositivos y beneficios para las empresas buscarán convertirse en un *production havens* atrayendo a las empresas a realizar allí su actividad productiva; si ofrecen bajos tipos impositivos a las sedes establecidas estaremos ante los *headquarters havens*; los *sham havens* ofrecerán normativa favorable para el refugio de fondos de compañías y por último secreto bancario para aquellos que quieran ocultar riqueza en los *secrecy havens* (Eden & Kudrle, 2003).

Pues bien, con las operativas remarcadas por cada uno de los tipos de paraíso fiscal y CFO tenemos los elementos precisos para el funcionamiento de la evasión fiscal internacional.

Como hemos puesto de manifiesto en la presentación del problema de la evasión *offshore*, solo unos pocos contribuyentes (privilegiados), aquellos con altos patrimonios y rentas altas así como las multinacionales, se benefician de los servicios de asesores y estructuras necesarias para llevar a cabo la operativa de evasión fiscal internacional. Un elemento fundamental será el excedente financiero que se pretende ocultar. Los centros financieros dan cobertura, en las diferentes modalidades que hemos expuesto, a las necesidades de inversión o canalización de los flujos financieros.

Cualquier operativa evasora internacional debe contar con una entidad financiera que canalice sus flujos e inversiones financieras. Los grandes centros primarios acogen a las principales entidades financieras que desde allí prestan servicios financieros en toda la esfera *offshore*. El servicio se completa con la adaptación de la especialización financiera a cada tipo de contribuyente privilegiado: deslocalizar bases imponibles, canalizar financiación o realizar inversiones.

El sistema financiero *offshore* y el asesoramiento financiero y fiscal son herramientas fundamentales para dar servicio a la exigencia financiera del funcionamiento de la evasión fiscal internacional.

A partir de la elección de la entidad financiera y los asesores con los que se decide trabajar quedan otros dos elementos fundamentales que también serán ofrecidos por los paraísos fiscales y los CFO: la evasión de impuestos y la ocultación. Con independencia de la naturaleza del paraíso fiscal o CFO, las características que estos ofrecen servirán de a los contribuyentes para culminar el proceso. Los paraísos fiscales ofrecerán bajos o nulos impuestos a estos contribuyentes sin comprometer el secreto de su existencia.

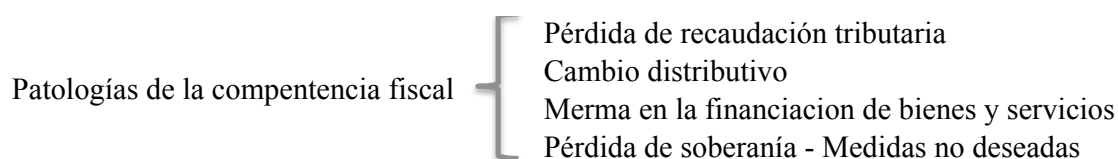
Como se ve, los paraísos fiscales se especializan en según que tipo de servicios que ofrecerán a los contribuyentes para atraer un determinado tipo de inversión, ocultación, elusión o evasión fiscal. A veces simplemente ofrecen facilidades mercantiles y financieras. La especialización, tanto de los órganos de gobierno de los territorios como de los profesionales que operan con paraísos fiscales ha convertido el fenómeno en un negocio para unos pocos territorios, una ventaja para algunos contribuyentes y un preocupante problema para muchos Estados.

3. LA COMPETENCIA FISCAL DAÑINA COMO EFECTO DE LA EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL

3.1. LA COMPETENCIA FISCAL DE LOS PAÍSES COMO PATOLOGÍA DE LA ECONOMÍA MUNDIAL

Los Estados compiten en la actividad económica global de múltiples formas, la competencia fiscal es solo una de ellas (Morris & Moberg, 2012). En los últimos veinte años hemos presenciado la irrupción del proceso globalizador, que entre otros muchos efectos, ha sacudido la fiscalidad internacional. La concatenación de estos elementos ha producido una serie de consecuencias (patologías) en la economía mundial. En la Figura 2 mostramos cuales son las principales.

Figura 2: Patologías de la competencia fiscal.



Fuente: Elaboración propia.

Más de 15 años han transcurrido desde la publicación de las termitas fiscales de Tanzi (2000). Muchas de las teorías de aquel trabajo se han ido cumpliendo sistemáticamente desde entonces: la complejidad de fiscalizar el comercio y dinero electrónico, las operaciones en el seno de las multinacionales, los centros *offshore*, el capital financiero y los nuevos productos financieros. Esto ha hecho que las administraciones tributarias pierdan parte de sus bases tributarias y en consecuencia la recaudación de impuestos debido al efecto de la interacción internacional. Tanzi (2002) concluyó un trabajo relacionado con las termitas fiscales que ponía en jaque el mantenimiento del estado del bienestar debido a las limitaciones que las administraciones tributarias encontrarían para recaudar en la nueva economía global. Preveía Tanzi en tal trabajo que los recortes sociales llegarían a las primeras economías como consecuencia de la economía global.

En opinión de Palan et al. (2009) la competencia fiscal internacional no sirve para reducir impuestos, sino solo favorece el cambio distributivo sin que afecte a la carga fiscal de los contribuyentes, tan solo multinacionales y contribuyentes con altas rentas y patrimonios se benefician de este cambio distributivo y la consiguiente reducción de sus impuestos, pero alguien tiene que hacerse cargo de la factura fiscal de los Estados, y apuntan en este caso que dicha carga recae sobre la clase media trabajadora.

Pero también podemos analizar lo anterior desde el punto de vista de la utilización de bienes y servicios de países con altos impuestos. No es justo ni consecuente que ciudadanos y empresas residentes de países con mejores servicios públicos e infraestructuras como consecuencia de un sistema impositivo exigente eviten el pago de impuestos (pero sigan beneficiándose del uso de bienes y servicios) utilizando sistemas fiscales más laxos mediante la movilización de sus inversiones financieras o el uso de planificaciones fiscales elusivas.

Otra forma de enfrentar la competencia fiscal es desde el punto de vista de la pérdida de soberanía fiscal de los Estados. Atrapados en un juego competitivo por parte de territorios no cooperadores, las presiones fiscales les hacen tomar medidas no deseadas para contrarrestar las pérdidas de ingresos fiscales. Esta pérdida de capacidad de autodeterminación en sus políticas fiscales es injusta y ataca directamente a su soberanía (Dietsch & Rixen, 2014).

La nueva economía global, basada en el desarrollo de las tecnologías y la consolidación de un mercado global, con mayor número de consumidores, pero también con mayores (y mejores) competidores ha cambiado los estándares de la economía.

El mismo efecto de la globalización económica se puede reproducir en la fiscalidad internacional. Existen más posibles contribuyentes (más operadores internacionales haciendo negocio en el territorio),⁴⁶ pero también existen muchos competidores fiscales, países y territorios que ofrecen baja o nula tributación por realizar operaciones (o la apariencia de operaciones) dentro de su territorio o bajo el manto de su soberanía fiscal.

Como se afirma en el informe de la OCDE sobre competencia fiscal perniciosa (OECD, 1998), la globalización ha tenido un efecto positivo en el desarrollo de los sistemas fiscales, pero también un efecto negativo abriendo nuevas vías para que empresas e individuos puedan minorar o evadir impuestos y que determinados países puedan aprovechar estas nuevas oportunidades para desarrollar políticas fiscales dirigidas principalmente a desviar capital financiero.

La proliferación de CFO desde el comienzo de la globalización es un hecho significativo. Aunque no es nueva la existencia de estos centros, décadas antes de que se hablara de globalización ya existían centros financieros *offshore*, e incluso se habían identificado sus características y riesgos a principios de los ochenta.⁴⁷ Sin embargo, la aparición de mercados de capitales y financieros globales, la digitalización y las nuevas comunicaciones han facilitado el uso y abuso de estos territorios por multinacionales y grandes patrimonios: el capital ha viajado de los países industrializados al mundo *offshore*. Los CFO ha jugado un papel esencial en el sistema económico mundial facilitando la eficiente y efectiva inversión financiera y movimientos de capitales que los mercados, la riqueza y las multinacionales demandan. Otros países, en respuesta a estas conductas y con el objetivo de ser fiscalmente competitivos han ofrecido ventajas fiscales e iniciado la tendencia continua hacia la bajada de impuestos característica de la competencia fiscal.

⁴⁶ Los fenómenos Google o Amazon pueden ser un claro ejemplo.

⁴⁷ Principalmente a través del informe de Richard A. Gordon: *Tax Havens and Their Use by United States Taxpayer – An Overview*.

3.2. LOS PARAÍDOS FISCALES Y CENTROS FINANCIEROS *OFFSHORE* EN LA COMPETENCIA FISCAL INTERNACIONAL

Desde los años ochenta la caída de tipos impositivos sobre la renta⁴⁸ ha sido objeto de constante lucha entre territorios tratando de obtener mayores inversiones.⁴⁹ Se podría entender que los paraísos fiscales y centros financieros *offshore* forman parte de esta rutina por su baja o nula tributación, o que justo por ello han contribuido a esta dinámica. Sin embargo, el ciudadano medio o empresa residente de cualquiera de estos territorios no paga menos impuestos que la media de los países OCDE y sus normas para evitar que sus residentes y empresas no gocen de los mismos beneficios fiscales que la inversión extranjera son taxativas.

Esto nos lleva a considerar los paraísos fiscales y CFO no como un elemento más de la competencia fiscal entre los países, sino como un mecanismo de inversión de excedentes y un ambiente propicio para la realización de operaciones financieras usado por multinacionales y capital, aprovechando sus regímenes y estructuras favorables a la inversión financiera y sobre todo su baja o nula tributación. Es decir, son mecanismos puros de evasión fiscal.

La pauta es sencilla, los paraísos y CFO ofrecen a multinacionales y grandes patrimonios cambiar sus inversiones financieras desde sus países de residencia al territorio *offshore*, ofreciendo (mediante el mecanismo de su jurisdicción soberana) no imposición sobre la renta generada ni cruce de información, y esperando obtener en el acuerdo un beneficio por gestionar esta inversión: en realidad estos territorios no esperan conseguir una inversión productiva para su economía derivada de esta captación, ya que al ser territorios pequeños con poblaciones pequeñas se valen con una mínima fracción de las comisiones que deja el flujo de inversiones. Así, los paraísos y CFO sirven como conductos para canalizar la inversión a través de intermediarios financieros (localizados en otros destinos, por regla general) más que como destinatarios de la misma (Gordon, 2010).

Como mantienen Palan et al. (2009), la competencia fiscal internacional es un juego de doble suma cero: los ingresos fiscales ganados por algún territorio (aun a pesar de

⁴⁸ Los tipos del impuesto sobre sociedades cayeron 7,32 puntos de media (un 31,54%) entre los años 2000 y 2014 y 12,48 puntos de media (un 24,67%) entre 1981 y 1999 entre los países OCDE

http://www.oecd.org/tax/tax-policy/tax-database.htm#C_CorporateCapital

⁴⁹ Irlanda y su bajada de tipos hasta el 12,5% es el mejor ejemplo de ello.

su baja o nula tributación) son perdidos por otros; pero también la carga fiscal perdida por algunos debe ser sobrellevada por otros. Las clases medias trabajadoras, principalmente, acaban asumiendo esa carga.⁵⁰

3.3. CONSECUENCIAS ECONÓMICAS: CAMBIOS EN LAS ESTRUCTURAS FISCALES

Si analizamos el impacto de la competencia fiscal en los Estados independientes, la conclusión es que pierden su autodeterminación fiscal (Dietsch & Rixen, 2014). En su trabajo, partiendo de un análisis simplista sobre la soberanía fiscal, los Estados gestionan la fiscalidad para el propio mantenimiento de las instituciones del Estado. El mantenimiento de su autodeterminación fiscal se basa en dos opciones: el relativo al presupuestos (ingresos y gastos fiscales), y el relativo a los beneficios y obligaciones (redistribución).

Definiendo la competencia fiscal como un ajuste de impuestos interactivo y estratégico llevado a cabo por gobiernos independientes no cooperativos, tiene que existir una interdependencia que se producirá cuando las bases fiscales puedan encontrar diferencias de tributación, y para ello los contribuyentes tienen que poder mover sus bases, tal como de hecho se produce.

Las condiciones fiscales favorables para que lo anterior se produzca se puede lograr de múltiples formas, la mayoría de las cuales ya han sido nombradas: reducción de la carga fiscal, bajada de los impuestos o minoración de las bases sometida a imposición, sistemas fiscales preferentes (principalmente para no residentes) o la creación de formas de evadir impuestos mediante el secreto bancario, la falta de intercambio de información o la laxitud de ciertas normas mercantiles o financieras.

Los mismos autores analizan los tipos de competencia fiscal internacional que se pueden encontrar:

- Competencia fiscal por captar el capital, como elemento más móvil. Fácil de transferir, los territorios ofrecen baja o nula tributación y falta de intercambio

⁵⁰ De acuerdo con la opinión de GESTHA, en España fueron las clases medias las que soportaron la mayor parte de la subida fiscal de 2011 debido a la facilidad de someter a tributación sus rentas (“Las clases medias pagan con una fuerte subida del IRPF el despilfarro público” GESTHA, Sindicato de Técnicos de Hacienda en <http://www.gestha.es/index.php?seccion=informacion&sub=&buscarEn=10&anio=2011>)

de información. Destacan que esta práctica es ilegal en los países de residencia al ser considerado fraude o evasión fiscal.

- Competencia fiscal en las multinacionales, a la que llaman *paper profits* y que consiste en que las multinacionales utilicen la planificación y apliquen técnicas como los precios de transferencia o la subcapitalización⁵¹ para localizar en territorios de baja tributación beneficios realmente obtenidos en territorios donde la tributación es mayor. La práctica de localizar los beneficios sin relocalizar la actividad podría calificarse como elusión fiscal no ilegal.
- Competencia fiscal a través de la atracción de inversiones extranjeras, consistente en la relocalización real de la actividad de las multinacionales. Para ello las multinacionales tomarán en cuenta diversos factores, como el coste de personal, el nivel de formación de la ciudadanía, las seguridad jurídica o las infraestructuras, pero también tendrán en cuenta la fiscalidad. En este sentido los Estados compiten bajando impuestos o brindando regímenes fiscales especiales para las empresas extranjeras (el denominado *ring fencing*).

Para llevar a cabo cualquiera de las anteriores prácticas de competencia fiscal los territorios que las ofrezcan deben cumplir bastantes de los requisitos que hemos destacado en la definición de paraísos y CFO: baja o nula tributación, falta de intercambio de información y sistemas fiscales preferentes para no residentes.

Los cambios que han debido operar los Estados como consecuencia de esta competencia han sido la bajada de tipos, el cambio de la carga sobre el beneficio empresarial por mayores impuestos sobre el trabajo y el incremento de la imposición indirecta.⁵²

Todo lo anterior afecta sobremanera a los países desarrollados, que no pueden compensar la bajada de tipos con el incremento de las bases.⁵³

⁵¹ Se incluye un diagrama del funcionamiento (básico) de los precios de transferencia y de la subcapitalización en Anexo.

⁵² Otros autores, como Steinmo (2003), consideran que estos cambios son consecuencia de decisiones internas de los Estados y no causadas por la competencia fiscal internacional. La corriente de opinión que considera la competencia fiscal internacional como elemento causal de los cambios (a veces no deseados) de los regímenes fiscales de los países (Tanzi, Rixen, Avi-Yonah, entre otros) es la que adoptamos en esta tesis.

⁵³ Siguiendo un estudio de 2008 de la ONG Christian Aid, estiman que las pérdidas fiscales derivadas del abuso de los precios de transferencia era de 160.000 millones de dólares anuales

En consecuencia los países desarrollados quedan afectados por la competencia fiscal, perdiendo ingresos tributarios que afectan a su presupuesto y a la redistribución y que compensan tomando medidas no pretendidas y que en consecuencia significan una pérdida de su determinación impositiva y por tanto de su soberanía fiscal.

Reconoce la OCDE este efecto en su informe de Competencia Fiscal Dañina (*Harmful Tax Competition*) cuando afirma que la presión de la competencia fiscal internacional puede resultar en cambios en las estructuras fiscales de los países.

4. POTENCIALES PERJUICIOS FISCALES PARA LOS PAISES DERIVADOS DE LA COMPETENCIA FISCAL Y LA EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL

4.1. PERJUICIOS FISCALES DE LA COMPETENCIA Y EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL

No existen dudas a la hora de señalar el perjuicio provocado por la evasión fiscal internacional: la evasión de impuestos, mediante fraude, ocultación o planificación fiscal agresiva conducente a la minoración casi hasta cero de la carga impositiva. Esto supone un perjuicio competitivo y un daño claro a los sistemas fiscales, golpeando tanto en la recaudación como en el gasto. Además, como se ha dicho, el universo *offshore*, como contrapartida en materia tributaria al sistema fiscal internacional, solo favorece a unos pocos contribuyentes provocando una fiscalidad injusta sobre la gran mayoría.⁵⁴

Sin embargo no existe esta unanimidad en la doctrina al analizar el perjuicio económico y social causado por la competencia fiscal como oportunidad de elegir países y territorios con sistemas tributarios favorables, operativa que generalmente será llevada a cabo por multinacionales.

Las últimas revisiones del análisis doctrinal sobre la competencia fiscal (Fuest et al., 2005; Genschel & Schwarz, 2011) consideran su efecto pernicioso⁵⁵ por el arbitraje

(<http://www.christianaid.org.uk/pressoffice/pressreleases/comment/the-price-of-tax-dodging-in-the-developing-world.aspx>)

⁵⁴ Que se dará por la propia desventaja de no poder minorar su carga impositiva haciendo uso de la evasión *offshore* y por tener que soportar el incremento de la carga impositiva que los Estados se verán obligados a llevar a cabo para contrarrestar la pérdida de recaudación derivada de la evasión.

⁵⁵ No sin antes tomar en cuenta el debate sobre el efecto beneficioso o perjudicial de la competencia fiscal de la doctrina: unos consideran el efecto de la competencia fiscal perjudicial, como Tanzi, que muestra sus miedos a la competencia fiscal internacional como amenaza a la protección social de los

mediante precios de transferencia, subcapitalización o deslocalización de bases o exportación de impuestos. Resulta interesante ver cómo ambos estudios dan un papel relevante a la cooperación internacional como vía de solución del problema.

Cuando el G7 decidió encargar a la OCDE iniciar la campaña contra la competencia fiscal dañina en la cumbre de Lyon de 1996 utilizó las siguientes palabras en su comunicado:

“Por último, la globalización está creando nuevos desafíos en el ámbito de la política fiscal. Regímenes fiscales dirigidos a atraer actividades (financieras y no financieras) que permitan la deslocalización pueden crear competencia fiscal perjudicial entre los Estados, generando riesgos de distorsión del comercio y de la inversión que podrían conducir a la erosión de las bases impositivas nacionales. Instamos a la OCDE para trabajar en este campo, con el objetivo de establecer un enfoque multilateral en virtud del cual los países puedan operar de forma individual y colectiva para limitar la extensión de estas prácticas. Vamos a seguir atentamente el progreso en el trabajo de la OCDE, que se espera emita un informe en 1998”.

Como se observa en esta declaración, los miembros del G7 ya apuntaban en 1996 como perjuicios la distorsión del comercio y las inversiones y la erosión de bases imponibles.

4.2. OCDE Y LA COMPETENCIA FISCAL DAÑINA (*HARMFUL TAX COMPETITION*)

La OCDE en su informe de competencia fiscal dañina consideraba que los paraísos fiscales o los regímenes fiscales preferentes que imponen tipos significativamente más bajos que otros países sobre los beneficios obtenidos en actividades mobiliarias pueden causar perjuicio de las siguientes formas:

- Distorsionando las inversiones financieras e indirectamente el flujo de inversiones reales.
- Socavando la integridad y justicia de estructuras fiscales.
- Desincentivando el cumplimiento de los contribuyentes.
- Reconfigurando el nivel deseado de impuesto y gasto público.

Estados mientras que otros consideran que la competencia fiscal puede conllevar beneficios porque los gobiernos tienen que diseñar impuestos más eficientes (Tiebout, 1956) o porque limitan el poder de los Estados para exigir impuestos (Edwards & Keen, 1996)

- Causando cambios no deseados de parte de la carga fiscal hacia bases menos movibles como el trabajo, la propiedad y el consumo.
- Incrementando los costes administrativos y la carga de cumplimiento de autoridades fiscales y contribuyentes.

Este fue el primer análisis del efecto de la globalización en la fiscalidad internacional por una organización internacional. A partir de este momento los denominados *spillovers* como pérdidas, daños o externalidades negativas en operaciones corporativas internacionales por el efecto de normativas o prácticas de terceros países ejerciendo competencia fiscal, han supuesto un problema de primer grado para los Estados desarrollados⁵⁶ y un campo de estudio para organizaciones internacionales e investigadores.

La OCDE ha seguido trabajando desde 1998 en estas prácticas nocivas que han concluido (hasta la fecha) en la campaña de erosión de bases y deslocalización de beneficios (BEPS, por sus siglas en inglés, *Base Erosion and Profit Shifting*) en un intento de definir las prácticas (y las posibles medidas limitadoras) que provocan los efectos perniciosos arriba comentados.

Efectivamente, en 2013 la OCDE publicó su informe BEPS (lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios) (OECD, 2013b) que preveía un Plan de Acción que vio la luz en 2014 (OECD, 2014a).

En el primer documento la OCDE actualiza cuáles son las prácticas fiscales nocivas, que ahora se concentran más en aquellas que erosionan bases imponibles y trasladan beneficios de las empresas (dejando al individuo en segundo plano) e intenta cuantificar cuáles son los perjuicios causados por estas prácticas y definir cuáles son los defectos del sistema.

Teniendo en cuenta que la problemática derivada de BEPS se centra en el Impuesto sobre Sociedades (IS), no es de extrañar que la primera aproximación que hace para cuantificar el daño de las BEPS sea a través de los datos de recaudación por IS. Más allá de la bajada de tipos ya comentada,⁵⁷ que en parte fue compensada por una

⁵⁶ Aunque los países en desarrollo, a veces cómplices con las prácticas fiscales nocivas, también se ven afectados por la competencia fiscal, bien porque participan en la dinámica de bajar impuestos y acaban perdiendo recaudación fiscal, bien porque sus empresas multinacionales y los grandes patrimonios utilizan el sistema para deslocalizar bases y tributar menos en sus países de residencia.

⁵⁷ Promedio de 7,2 puntos entre 2000 y 2011, del 32,6% al 25,4%.

ampliación de la base imponible, la OCDE se centra en el porcentaje que la recaudación por IS supone sobre el Producto Interior Bruto (PIB) o sobre la recaudación tributaria de los países. En la Tabla 1 mostramos la evolución de recaudación por Impuesto sobre Sociedades en media no ponderada sobre los países de la OCDE.

Tabla 1: Impuesto de Sociedades sobre Ingresos Tributarios y PIB (países OCDE)

Año	IS/Total ingresos	IS/PIB
1975	7,6%	2,2%*
2007	10,6%	3,8%
2008	10%	3,5%
2009	8,4%	2,8%
2010	8,6%	2,9%

**Dato referido a 1965*

Fuente: Elaboración propia a partir de OCDE (2013b)

Destaca en este punto que desde 1975 y hasta 2007 los ingresos por IS sobre el total de impuestos recaudados se ha incrementado progresivamente desde un 7,6% hasta un 10,6%. Es a partir de este año cuando cae tal porcentaje al 10% en 2008, al 8,4% en 2009 y al 8,6% en 2010 probablemente por el efecto de la recesión económica.

El mismo efecto se produce al calcular el porcentaje de IS sobre PIB, ya que desde 1965 hasta 2007 el incremento progresivo llevó el porcentaje del 2,2% al 3,8%, para bajar hasta un 3,5% y 2,8% en los años 2008 y 2009 respectivamente. De nuevo se ve un alza en el año 2010 hasta el 2,9%.

Por tanto, no se observa un daño claro de la competencia fiscal sobre la recaudación en los últimos años ya que la mayor caída de los ingresos tributarios por IS se produce durante los años de la crisis, observándose una recuperación posterior.

Los datos de recaudación de IS sobre PIB o sobre total impuestos recaudados, aunque proporcionan pautas útiles, sin embargo no permiten interpretar necesariamente que se estén produciendo prácticas abusivas o erosión de bases. La problemática de la competencia fiscal y la evasión fiscal internacional no queda demostrada a través de estos datos de recaudación, que además ofrecían un buen nivel antes del impacto de la

crisis, incluso a pesar de la reducción de los tipos impositivos nominales, lo cual se explica por las medidas de ampliación de las bases imponibles y las limitaciones sobre la amortización y sobre el gasto tributario deducible.⁵⁸ La recuperación tras la crisis apuntala esta teoría. Esta interpretación llevada a la negación de la problemática de la competencia fiscal perniciosa entre Estados y de la erosión de bases imponibles será utilizada por los enemigos de la lucha coordinada desde la OCDE.⁵⁹

En conclusión, la OCDE confirma en su informe que sobre los datos de recaudación aportados es difícil analizar el efecto de la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios.

No consiguiendo así una explicación evidente para el daño causado por las BEPS, la OCDE analiza la distorsión desde el punto de vista de la inversión extranjera directa (IED). Consideran IED la inversión de una empresa en otro país diferente del de residencia cuando tal inversión responde a un interés real y duradero, esto es, existe por parte del inversor una motivación estratégica a largo plazo en la empresa de inversión directa para asegurarse un grado de influencia sobre su gestión, por contraposición a las inversiones de cartera que se mantienen como inversiones puramente financieras sin interés de control en la sociedad invertida. La existencia de un interés duradero se pone de manifiesto cuando el inversor directo es titular de al menos un 10% del número de votos de la empresa de inversión directa.

Considera la OCDE que existe un claro indicio de la BEPS en las estadísticas de IED.⁶⁰ Por ejemplo, el hecho de que las IED recibidas en 2010 por Islas Vírgenes Británicas, Barbados y Bermuda (5,11% mundial) fueran superiores a las recibidas por Alemania (4,77%) o Japón (3,76%). De la misma forma, los tres primeros países invirtieron más (4,54%) que Alemania (4,28%). Otros datos significativos que revela en el informe son que Islas Vírgenes Británicas son el segundo inversor en China (14%), que Islas Mauricio es el primer inversor en India (24%) o Chipre en Rusia (28%).

⁵⁸ Otros impactos como la transferencia de actividad económica desde las personas físicas (autónomos) a la esfera societaria podrían explicar el fenómeno. No obstante, se requiere un análisis más profundo y específico por países para obtener conclusiones sobre el comportamiento de la recaudación por IS, tal como pone de manifiesto el propio informe.

⁵⁹ En el capítulo V veremos como este es el argumento utilizado por *lobbies* conservadores de los EE.UU. para oponerse a las políticas de la OCDE.

⁶⁰ Por ejemplo, *Co-ordinated Direct Investment Survey* del FMI.

Además, resulta interesante el análisis de datos de inversiones a través de vehículos especiales o entidades de tenencia de valores.⁶¹ El 81,85% de las IED en Países Bajos o el 93,33% en Luxemburgo se realizan a través de estos vehículos, mientras que las IED desde estos mismos países al extranjero a través de estas entidades supone el 75,54% y el 90,89% respectivamente.

Adicionalmente, la OECD (2013b) ofrece una reseña muy completa de estudios demostrativos de la erosión de bases y la deslocalización de beneficios: estudios sobre los tipos impositivos efectivos aplicados a las empresas multinacionales, estudios procedentes de las declaraciones de contribuyentes y otros análisis sobre el traslado de beneficios son utilizados por la OCDE para justificar que la erosión de bases imponibles existe y que las empresas multinacionales, a través de operativas de traslado de beneficios consiguen minorar bases artificialmente, redundando en una caída de la recaudación impositiva.

4.3. FMI Y LAS PÉRDIDAS FISCALES INTERNACIONALES (*SPILLOVERS*)

Por su parte el Fondo Monetario Internacional en su informe *Spillovers in International Corporate Taxation* (International Monetary Fund, 2014) trata de cuantificar el daño de las BEPS a través de datos de IED hacia y desde las economías del G20:

Tabla 2: *Flujos de salida de IED en los países del G20*

Flujos de salida de IED desde					
Estados Unidos hacia		Rusia hacia		Brasil hacia	
Holanda	14%	Chipre	37%	Austria	28%
Reino Unido	13%	Holanda	16%	Islas Caimán	16%
Luxemburgo	9%	Islas Vírgenes (Bri)	11%	Islas Vírgenes (Bri)	10%
Canadá	8%	Suiza	3%	EE.UU.	10%
Bermuda	7%	EE.UU.	3%	España	8%
Islas Caimán	5%	Reino Unido	2%	Bahamas	7%
Irlanda	5%	Luxemburgo	2%	Holanda	7%
Singapur	3%	Alemania	2%	Luxemburgo	6%
Japón	3%	Austria	2%	Argentina	3%
Australia	3%	Bahamas	1%	Perú	1%

Fuente: *Elaboración propia a partir de International Monetary Fund (2014)*

⁶¹ Explica la OCDE en el propio informe, que en términos generales, las entidades de tenencia de valores tienen pocos o ningún empleado, tienen una escasa o nula presencia física en la economía receptora, su activo y su pasivo corresponden a inversiones con destino u origen en otros países, y su actividad principal consiste en la financiación del grupo o la tenencia de activos.

Tabla 3: Flujos de entrada de IED en los países del G20

Flujos de entrada de IED en					
China desde		India desde		Sudáfrica desde	
Hong Kong	46%	Mauricio	26%	Reino Unido	45%
Islas Vírgenes (Bri)	15%	Reino Unido	16%	Holanda	19%
Japón	6%	EE.UU.	15%	EE.UU.	7%
Singapur	4%	Sigapur	8%	Alemania	5%
EE.UU.	3%	Japón	7%	China	3%
Corea	2%	Alemania	6%	Japón	3%
Alemania	2%	Suiza	5%	Suiza	2%
Islas Caimán	2%	Holanda	5%	Luxemburgo	1%
Taiwan	1%	Francia	2%	Malasia	1%
Samoa	1%	Corea	1%	Francia	1%

Fuente: Elaboración propia a partir de International Monetary Fund (2014)

Llega a la conclusión de que gran parte de las inversiones se realizan a través de territorios con sistemas tributarios favorables, lo que pone de manifiesto que la fiscalidad juega un papel clave a la hora de diseñar las estructuras internacionales de flujos de capital: jurisdicciones conocidas por sus atractivos regímenes fiscales y extensas redes de convenios generalmente son utilizadas como conductoras de inversiones internacionales.

Concluye la cuantificación con una reflexión en línea con el pensamiento general: existe una clara evidencia del daño causado por la BEPS pero resulta muy complicado cuantificar la suma de ingresos tributarios que se pierden.⁶²

Sí resulta importante destacar en este punto los estudios de parte de la doctrina en analizar el efecto de la competencia fiscal en los países en desarrollo: el FMI destaca en el informe que ya desde los ochenta gran parte de las IED se realizaron en países en desarrollo, lo cual ha llevado a estos países a una dinámica perversa de incentivos

⁶² Desde la evidencia de que el 42% de los beneficios de las filiales americanas son obtenidos en paraísos fiscales mientras menos del 15% de su valor añadido es creado allí y que el hecho de añadir un nuevo paraíso fiscal como filial reduce la deuda fiscal de los grupos consolidados en un 7,4% sobre sus activos, hasta las estimaciones realizadas por la doctrina, como Gravelle, que estima que la pérdida de recaudación en IS en EE.UU. alcanza los 60.000 millones de dólares o la ONG Christian Aid que estima que la pérdida por este concepto en países no desarrollados alcanza los 160.000 millones de dólares, aunque parte de la doctrina, como Fuest y Riedel han puesto en duda tanto los métodos como los datos para realizar estos cálculos.

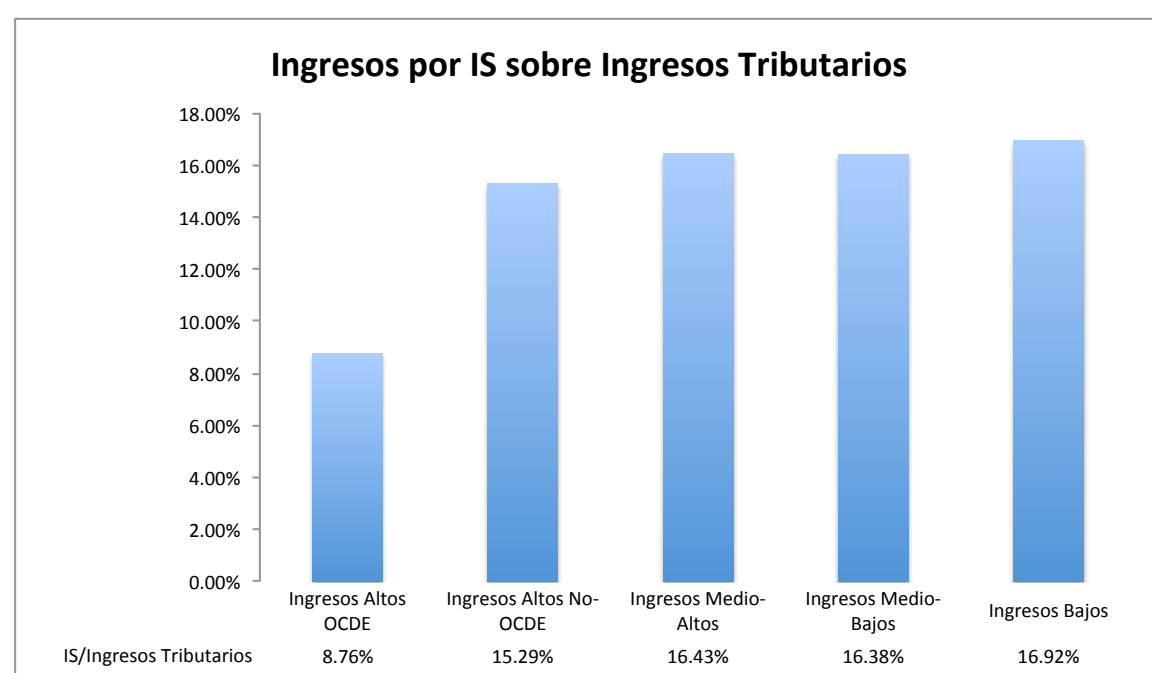
fiscales a las inversiones que ha reducido su capacidad de recaudar por IS. Teniendo en cuenta que la recaudación por IS es más importante con respecto a PIB y recaudación tributaria total en los países en desarrollo que en los países desarrollados, hace a estos países más vulnerables a los efectos de la competencia fiscal (la conocida *race to the bottom*). En la Tabla 4 y la Figura 3 mostramos la importancia de los ingresos tributarios por IS en función del tipo de país.

Tabla 4: Ingresos tributarios por IS sobre PIB

	Ingresos Tributarios %PIB	IS %PIB	IS/Ingresos Tributarios
Ingresos Altos OCDE	35.40%	3.10%	8.76%
Ingresos Altos No-OCDE	15.70%	2.40%	15.29%
Ingresos Medio-Altos	20.70%	3.40%	16.43%
Ingresos Medio-Bajos	17.70%	2.90%	16.38%
Ingresos Bajos	13.00%	2.20%	16.92%
<i>Todos los países</i>	<i>20.50%</i>	<i>3.00%</i>	<i>14.63%</i>

Fuente: Elaboración propia a partir de International Monetary Fund (2014)

Figura 3: Ingresos por IS sobre ingreso tributario



Fuente: FMI; Revenue Mobilization in Developing Countries, Fiscal Affairs Department March 8, 2011

5. LA DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA Y EL DISEÑO DE SOLUCIONES

La pérdida de recaudación fiscal por operaciones internacionales se puede dividir en dos diferentes tendencias o fenómenos: la evasión fiscal internacional y la competencia fiscal internacional.

La primera se explica desde los paraísos fiscales y los centros financieros *offshore*, y sirve a un grupo de contribuyentes, que hemos calificado como privilegiados, que disponen de altas rentas y/o altos patrimonios y canalizan los excesos que pretenden detraer de tributación a través de las entidades financieras con estructuras *offshore* sirviéndose de la regulación de estos territorios para evitar el pago de impuestos (sistemas fiscales favorables, con bajos o nulos impuestos) y ocultar la existencia de las rentas o del patrimonio (mediante la falta de información). Se trata de una sustracción directa e injusta de recursos fiscales a los Estados, lo cual genera perjuicios en el ámbito presupuestario y tributario.

La segunda se explica por la planificación de multinacionales que deciden utilizar países y territorios con sistemas tributarios más favorables (entre ellos paraísos fiscales y CFO) para distraer parte de las bases imponibles en su país de residencia, generalmente con tipos impositivos superiores. La práctica generalizada de estas operaciones conlleva una reducción de las bases imponibles y en consecuencia una minoración de la recaudación impositiva. No obstante, la cuantificación de este problema se antoja más complejo al conllevar muchas veces una deslocalización real de la actividad, y una justa tributación en el territorio de la fuente, lo que hace difícil identificar cuales de las prácticas empresariales son lícitas y cuales ilícitas.

La planificación fiscal fomenta la competencia fiscal entre países y territorios que mediante la bajada de impuestos pretenden atraer inversiones.

No obstante, en la planificación fiscal agresiva y la competencia fiscal hay dos aspectos que interesarán especialmente a los actores del sistema fiscal internacional y que tendrán gran impacto sobre las políticas fiscales de lucha contra la evasión fiscal internacional: (i) los paraísos fiscales y centros financieros *offshore* que sirven a la planificación fiscal agresiva al ofrecer muchos de los elementos indispensables (sistema financiero desarrollado, regulación mercantil favorable y tipos impositivos bajos o nulos) y (ii) la ocultación, que se consigue mediante sistemas de intercambio

de información ineficientes o mediante la falta absoluta de intercambio de información fiscal y financiera.

El sistema fiscal internacional, como contraparte del sistema *offshore* y sus actores diseñaran políticas de lucha contra la evasión fiscal que se centrarán en la limitación del espacio *offshore* mediante el intercambio de información fiscal y el análisis de las operaciones que suponen planificación fiscal ilícita, proponiendo la adopción de regulaciones que limiten el abuso. No obstante, el camino para diseñar un sistema fiscal internacional equilibrado que limite los abusos de la evasión fiscal y de la competencia fiscal se antoja difícil.

6. CONSIDERACIONES FINALES

La evasión fiscal internacional como problema

En este primer capítulo de la tesis se plantea el problema de la evasión fiscal desde su perspectiva económica, pero también psicológica y social, definiendo las variables que más afectan a la evasión fiscal internacional, como tipo de evasión con naturaleza propia y diferente de la evasión doméstica.

La oportunidad, consecuencia de una información asimétrica, y las mayores capacidades de los contribuyentes “internacionales” (privilegiados) se muestran como claves de la evasión fiscal *offshore*. Desde ahí se construye el escenario de la evasión fiscal *offshore* consecuencia de un sistema fiscal internacional definido para solventar el conflicto de la doble imposición, pero no para contener la evasión fiscal.

Se pretende, a raíz de la identificación de las causas del problema, precisar la existencia de la evasión fiscal internacional y el apoyo de la misma en jurisdicciones y estructuras que la fomentan. Cuantificar el perjuicio fiscal de la evasión fiscal internacional no es sencillo.⁶³ Tampoco es el objeto de esta tesis, pero ofrecer algunos datos al respecto procedentes de los estudios más recientes resulta útil para entender la importancia: desde los 5,9 billones de dólares que estima Zucman de riqueza doméstica invertida en paraísos fiscales hasta los 11,5 de Tax Justice Network o los 12 de Palan, Murphy y Chavagneux.

⁶³ “How much in the way of tax payments is evaded or avoided through tax havens? The most candid and accurate answer we can give at this point is that we simply do not know.” (Palan et al., 2009).

En conclusión, la evasión fiscal internacional se sustenta en una estructura perfectamente identificada, y a pesar de la complejidad para cuantificar la misma, las estimaciones pueden, hasta en el mejor de los escenarios, mostrar un problema fiscal relevante para los países.

La competencia fiscal internacional, nociva para los sistemas fiscales de los países

La competencia fiscal internacional, potenciada por el efecto pernicioso de las jurisdicciones no colaboradoras y la globalización generan una serie de efectos en los países:

- Ataca los sistemas fiscales mediante la minoración de bases imponibles de los contribuyentes más ricos y de las multinacionales, lo que puede traducirse en una reducción del estado de bienestar.
- Solo los grandes patrimonios y las multinacionales se benefician, en consecuencia existe una desviación de la carga impositiva hacia las clases medias.
- Se produce una alteración de la justicia fiscal en los países con mayores exigencias fiscales y que ofrecen mejores bienes y servicios al quedar una parte de la recaudación fiscal comprometida por la evasión internacional.
- En última instancia ataca la soberanía fiscal de los Estados al hacerle cambiar sus sistemas fiscales sin pretenderlo.

En conclusión, tanto la doctrina como las organizaciones internacionales coinciden en el efecto pernicioso de la competencia fiscal y apuntan cuáles son las prácticas utilizadas por multinacionales y riqueza para aprovecharse del arbitraje fiscal (movilidad del capital, *paper profits*, vehículos de inversión, etc.) y las consecuencias de las fuga de beneficios por la presión sobre las soberanías fiscales que les hace perder su autodeterminación y en muchos casos iniciar un carrera hacia la bajada de impuestos perjudicial para todos.

Por otro lado el perjuicio lo percibe la ciudadanía, de la cual, la gran mayoría no accede a dichos mecanismos para reducir su carga fiscal (la evasión internacional es cosa de unos pocos privilegiados) y ven como la falta de participación tributaria de esa elite supone una mayor carga tributaria para ellos.

Además, la evasión o elusión fiscal de multinacionales y los contribuyentes con altos patrimonios y rentas por un lado, y la bajada de impuestos sobre las sociedades y

sobre el capital en aquella carrera hacia la bajada de impuestos puede perjudicar los balances fiscales conllevando una pérdida de protección social que previsiblemente afectará más violentamente a los países en desarrollo al depender más de la recaudación del impuesto a las sociedades.

CAPÍTULO II: SISTEMA FISCAL INTERNACIONAL Y LAS PRINCIPALES POLÍTICAS E INSTRUMENTOS PARA COMBATIR LA EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL

1. EL SISTEMA FISCAL EN MATERIA DE EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL

El efecto pernicioso del fraude, la evasión y la elusión fiscal internacional así como el derivado de la competencia fiscal dañina puede ser combatido por los diferentes actores, ya sean, territorios, países, organizaciones supranacionales e internacionales y organizaciones no gubernamentales a través de diferentes políticas e instrumentos.⁶⁴

Cualquiera sea la forma elegida para combatirlos, los actores deben tener en cuenta las características del sistema, la realidad económica, política y social tanto a nivel individual como global, así como las capacidades tecnológicas y profesionales precisas para implementar políticas e instrumentos válidos.

El conocimiento del sistema fiscal internacional⁶⁵ es fundamental a la hora de analizar teóricamente medidas de lucha contra la evasión fiscal porque la propia estructura del sistema condicionará las políticas e instrumentos que puedan ser diseñados. Por ejemplo, se puede coincidir en que la creación de una organización tributaria internacional podría ser beneficiosa para la mejor coordinación de la fiscalidad internacional, pero la realidad de países desiguales con intereses soberanistas hacen complejo (si no imposible) alcanzar un acuerdo para implementar una organización de tal naturaleza.

Por su parte, la realidad económica hará que los actores del sistema fiscal internacional cambien sus preferencias sobre la propia estructura del sistema. No siendo idénticas las realidades económicas de los años sesenta del siglo XX a las de la primera década del siglo XXI, los mismos países que entonces eligieron negociar bilateralmente en una economía en plena reconstrucción con un mundo dividido en

⁶⁴ Destacar aquí el trabajo de las ONG y del periodismo de investigación que ayudan a combatir la evasión fiscal internacional mediante la información y denuncia.

⁶⁵ Utilizamos el concepto sistema fiscal internacional como conjunto de reglas o principios derivados principalmente de políticas e instrumentos procedentes de países y organizaciones supranacionales e internacionales que pretenden regular las relaciones internacionales en materia fiscal.

Utilizamos igualmente el concepto de sistema fiscal internacional de lucha contra la evasión como la contrapartida del ámbito *offshore*, como parte renegada del sistema, y que estaría formado por los actores y organizaciones fuera del ámbito *offshore* y sus reglas, relaciones, principios y políticas tendentes a limitar la evasión fiscal internacional.

dos bloques, ahora son más tendentes a buscar soluciones multilaterales y cooperativas en plena efervescencia de la economía global y la participación en la economía desarrollada de países y territorios que apenas contaban hace solo unos lustros.

Igualmente, ninguna medida, incluso desde el punto de vista teórico, puede dejar de tener en cuenta la experiencia profesional y los medios técnicos de las organizaciones y administraciones participantes que se requieren para diseñarlas.

Si en el primer capítulo definimos el ámbito *offshore* como indispensable para concretar el problema de la evasión fiscal internacional, a continuación realizamos un análisis de las principales características del sistema fiscal internacional y en concreto del sistema fiscal internacional de lucha contra la evasión fiscal y sus principales actores (como contraposición al sistema *offshore*, y sus actores, los paraísos fiscales y centros financieros). También analizaremos los elementos más determinantes de la economía, la estructura y la regulación fiscal internacional. Intentaremos definir la estructura actual, las organizaciones participantes y los retos a los que se enfrenta derivados de la evolución de la economía mundial para concluir con una clasificación de los tipos de políticas e instrumentos que el sistema fiscal internacional de lucha contra la evasión ofrece, su naturaleza y sus características funcionales.

1.1. DEFINICIÓN DEL SISTEMA

1.1.1. Bilateralidad como paradigma internacional en el siglo XX

a) Los convenios de doble imposición

Aunque los primeros convenios para aliviar la doble imposición datan del siglo XIX, no es hasta la etapa de entreguerras cuando comienza una verdadera política fiscal internacional para definir un modelo de regulación de las relaciones tributarias entre países para fomentar el comercio internacional.

Efectivamente, los tratados de doble imposición nacen a finales del siglo XIX y se dan preferentemente entre países centroeuropeos.

El primero fue firmado el 21 de junio de 1899 entre el imperio Austro-Húngaro y Prusia (Jogarajan, 2011). El principal motivo por el que estas soberanías estaban interesadas en llegar a un acuerdo fue por el elevado número de comerciantes que residiendo en uno de los países realizaba actividades económicas en el otro. Este

fenómeno se daba principalmente en las zonas fronterizas. Se pretendía que estos empresarios no tuvieran que cargar con una doble imposición injusta. Así, se tomó la decisión, mediante el tratado, de que el contribuyente solo quedara sometido a tributación en el país donde tenía su domicilio o en el país de residencia si no disponía de un domicilio. Ya entonces se desarrolló el concepto de establecimiento permanente (*Betriebsstätte*), considerando que los beneficios empresariales podrían quedar sometidos a tributación allí donde dispusieran de un establecimiento permanente.

El resto de tratados firmados hasta la primera guerra mundial siguieron el patrón de este primero, no solo en el contenido del tratado sino también por la proximidad geográfica⁶⁶ y por los estrechos lazos políticos e históricos de los países.⁶⁷

Sin embargo lo anterior pueden considerarse reliquias, ya que no será hasta la década de 1920 cuando comienza a escribirse la historia de los tratados de doble imposición tal como los conocemos hoy en día.

Poco después del final de la Primera Guerra Mundial la fiscalidad internacional, la doble imposición internacional y la evasión fiscal se convertían en un asunto de interés global (más allá de la problemática localizada en Centroeuropa). Fue concretamente en el año 1920⁶⁸ cuando en una conferencia de representantes de la mayoría de los miembros de la Liga de Naciones⁶⁹ se recomendó al Comité Financiero de la Liga el estudio de la doble imposición y recomendaciones sobre la forma de aliviar tal carga.

En 1923 encontramos el primer informe financiero de la Liga de Naciones en el que se discutían las consecuencias económicas de la doble imposición internacional. Se comienzan a elaborar conceptos como residencia fiscal o estado de la fuente, y se desarrollan métodos para evitar la doble imposición. Cuatro métodos salen a la luz: 1º

⁶⁶ Austria-Hungría y Liechtenstein firmaron tratado en 1901; Austria-Hungría y algunos Estados alemanes como Sajonia, Baviera, Wurtemberg, Baden y Hesse firmaron tratados entre 1903 y 1913; Luxemburgo y Prusia en 1909; Luxemburgo y Hesse en 1913; Cantón de Basilea y Prusia en 1910.

⁶⁷ La doble imposición fue un problema para los Estados que compartían vínculos de carácter lingüístico, territorial, histórico y que habían cambiado sus fronteras por motivos geopolíticos como ocurrió en centroeuropa y concretamente con los Estados germánicos durante el siglo XIX. Estos vínculos generaban relaciones comerciales interestatales que demandaban alguna forma de armonización fiscal.

⁶⁸ Hay que tener en cuenta que la Liga de Naciones o Sociedad de Naciones fue creada en el Tratado de Versalles, que ponía fin a la Primera Guerra Mundial, en junio de 1919, manteniendo su primera asamblea general en noviembre de 1920, lo que demuestra el interés en materia fiscal.

⁶⁹ Liga de Naciones, según su nombre en inglés ("*League of Nations*") o Sociedad de Naciones, conforme a su nombre en francés ("*Société des Nations*").

Sometimiento a tributación en el estado de la fuente; 2º Sometimiento a tributación en el estado de residencia y exención en la fuente; 3º División proporcional; y 4º Clasificación y Asignación. Los dos últimos fueron inmediatamente descartados por complejos. El segundo fue el más considerado por entender que los países que querían atraer inversiones debían ceder la tributación a los países de origen de tales inversiones (Rosenbloom & Langbein, 1981).

Fue la Liga de Naciones la primera organización que trabajó en un modelo de tratado de doble imposición. Y fue en el año 1925 cuando la Liga de Naciones presentó el informe de expertos técnicos sobre la resolución de la doble imposición y la evasión fiscal,⁷⁰ que también se puede considerar como el primer esfuerzo global de lucha contra la evasión fiscal. Ya en sus conclusiones se recogía una expresión muy significativa de la importancia del intercambio de información fiscal:⁷¹ “Los expertos consideran que el método efectivo para evitar la evasión fiscal es que las autoridades fiscales lleven a cabo de forma recíproca el suministro de información requerido para poder imponer los tributos”.

De este comité de expertos surgió un informe en 1927 con varios modelos de tratados: para rentas, para sucesiones y uno de asistencia administrativa. Estos fueron seguidos por hasta cinco tipos de modelos en tres borradores diseñados en 1928 en la reunión general de expertos en doble imposición y evasión fiscal:⁷² en ellos se utilizaban conceptos como impuestos personales e impersonales, introducía los conceptos de residencia fiscal y país de la fuente y trataba los créditos y devoluciones para aliviar la doble imposición (League of Nations, 1928).

Este es el hito que marca el nacimiento de los convenios de doble imposición (CDI) tal como hoy los conocemos.

Pero, ¿por qué la Liga de Naciones no desarrolló directamente un único modelo multilateral que pusiera a todos los países en igualdad de condiciones en materia fiscal? Hay que decir que el primer comité de expertos formado por cuatro

⁷⁰ “*Technical Experts to the Financial Committee of the League of Nations, Double Taxation and Tax Evasion: Report and Resolutions submitted by the Technical Experts to the Financial Committee of the League of Nations*” (1925).

⁷¹ Se saca a colación el intercambio de información por la trascendencia que tal concepto tiene en el desarrollo de este trabajo. Hoy en día el intercambio de información y la asistencia administrativa se puede considerar el mayor logro en cooperación internacional en materia fiscal.

⁷² “*General Meeting of Government Experts on Double Taxation and Tax Evasion.*”

economistas⁷³ en 1921 analizó la problemática desde un punto de vista teórico, planteando la tributación en la fuente (*origin*), la tributación en la residencia (que ya consideraban poco realista por la tendencia de los países a tasar la generación de riqueza en su territorio) y una fórmula mixta de ambas.

Cuando los trabajos de estos teóricos fueron puestos en manos de un segundo comité de expertos a partir de 1923, que estaba formado por representantes de las administraciones fiscales de diferentes países, la visión más política y práctica de estos provocó, por un lado la renuncia al principio de tributación solo en residencia⁷⁴ y por otro la renuncia a la idea de gobernar la fiscalidad internacional a través de un único modelo multilateral para aliviar la doble imposición. Las razones que dieron fueron la diversidad de los países en materia fiscal⁷⁵ y la complejidad de alcanzar un acuerdo en el corto plazo. Así, aunque consideraban deseable una solución multilateral, proclamaron que un retraso en la elaboración de una solución no estaba justificada y que un modelo de doble imposición bilateral debía remediar la problemática de la doble imposición entre los países por el momento, considerando que una convención de este tipo y aceptada por los países para negociar generaría cierta uniformidad que podría llevar a una unificación y codificación y en definitiva a un sistema general de convenciones (League of Nations, 1927).⁷⁶

⁷³ Bruins, Einaudi, Seligman y Stamp formaban el comité de sabios al que en 1921 se les encargó analizar las consecuencias de la doble tributación y las soluciones técnicas que podrían darse en clave económica (*Report on Double Taxation*, Liga de Naciones, 1923).

⁷⁴ La tendencia consolidada de los países a gravar a los no residentes por la generación de beneficios en su territorio, la opción aceptada de los países inversores de aliviar la doble imposición en el país de residencia y los complejos sistemas fiscales que imponían a no residentes hicieron decantarse hacia un sistema de tributación en la fuente para rentas “impersonales” y de tributación en residencia para rentas “personales”.

⁷⁵ Entre otras razones, la complejidad y los conflictos sobre la distribución de los tributos entre los países con intereses en la fiscalidad en residencia y los otros con intereses en tributación en la fuente.

⁷⁶ En el original: “*It would certainly be desirable that the States should conclude collective conventions, or even a single convention embodying all the others. Nevertheless, the Committee did not feel justified in recommending the adoption of this course. In the matter of double taxation in particular, the fiscal systems of the various countries are so fundamentally different that it seems at present practically impossible to draft a collective convention, unless it were worded in such general terms as to be of no practical value. In the matter of tax evasion also, although unanimity would not seem to be unattainable, there is no doubt that the accession of all countries to a single Convention could only be obtained as the result of prolonged and delicate negotiations, while there is no reason to delay the putting into force of bilateral conventions which would immediately satisfy the legitimate interests of the tax-payers as well as those of the Contracting States.*

For this reason, the Committee preferred to draw up standard bilateral conventions. If these texts are used by Governments in concluding such conventions, a certain measure of uniformity will be introduced in international fiscal law and, at a later stage of the evolution of that law, a system of general conventions may be established which will make possible the unification and codification of the rules previously laid down.”

A raíz de consolidar los principios de tributación internacional y decidir que el modelo sería bilateral se desarrollaron los modelos del 28 (League of Nations, 1928).

Estos modelos se consolidaron y a partir de entonces fueron objeto de análisis constante por parte del Comité Fiscal nombrado por la Liga de Naciones, cuyo cometido consistía en estudiar la aplicación práctica de los modelos, mejorarlos y extender la red de convenios entre los países. Entre sus mejores aportaciones encontramos en 1934 el reparto de beneficios entre los países en las operaciones comerciales integradas, lo que se puede considerar como el primer desarrollo de precios de transferencia.

El Comité Fiscal trabajó en nuevos modelos de convenios más detallados: los modelos de México de 1943 y Londres de 1946. A partir de este modelo la Liga de Naciones dejaría de trabajar en la materia.

En 1956 la Organización Europea para la Cooperación Económica⁷⁷ (OECE) tomó el relevo en la tarea de buscar un modelo de tratado estándar para la doble imposición. El comité de expertos entonces retomó la idea de buscar una solución multilateral que reemplazara la negociación bilateral, pero muchos países se opusieron y la decisión fue continuar expandiendo la red de convenios bilaterales y desarrollar un modelo más conveniente (OEEC Fiscal Committee, 1958). Desarrollaron artículos sobre diferentes aspectos clave en tributación internacional con la idea de llegar a ese modelo ideal, de carácter bilateral, que pudiera ser aceptado por todos los países.

Así se elaboraron 30 artículos que dieron lugar al Modelo de Convenio, que tras varios informes previos, se aprobaron definitivamente en 1963 ya por la OCDE, y que fue acompañado de una recomendación del Consejo de esta organización por la que pedía a los países miembros que siguieran el modelo elaborado cuando concluyeran o revisaran entre ellos convenios bilaterales.

Algunas de las razones que autores como Rixen (2008) consideran básicas en la elaboración y éxito del modelo de la OCDE son la flexibilidad y el pragmatismo de la organización a la hora de diseñar el modelo y las negociaciones. Flexibilidad permitiendo por ejemplo a los países hacer reservas y comentarios al Modelo de

⁷⁷ Predecesora de la OCDE.

Convenio,⁷⁸ estableciendo tipos máximos de retenciones o permitiendo el alivio de la doble imposición mediante el doble sistema de exención o crédito fiscal. Pragmático porque mientras la Liga de Naciones buscaba principios universalmente aceptados, la OCDE buscaba puntos de encuentro para que los países de su club negociaran convenios. Quizá porque el comité estaba formado por funcionarios de los gobiernos y las administraciones tributarias que estaban negociando convenios y aportaban pragmatismo al proceso o quizá por la homogeneidad de los países de la OCDE (en contra de los de la Liga de Naciones), pero el Modelo de Convenio de la OCDE se impuso, sacrificando la uniformidad por la flexibilidad para asegurar soluciones que permitieran concluir CDI entre países.

La OCDE y su comité fiscal, desde el nacimiento del Modelo de Convenio, consideraron que éste debía ser objeto de revisión y adaptación, tomando en cuenta para ello la experiencia en su aplicación por los países, la evolución de los factores económicos y el comportamiento de contribuyentes y entidades implicadas en la planificación fiscal. Lo anterior llevó a la revisión completa del modelo en 1977, año en el que se publicó el nuevo Modelo de Convenio y sus comentarios.

El Modelo de Convenio no ha cesado de evolucionar desde entonces, siguiendo ese carácter dinámico con el que el comité fiscal le caracterizó. De esta manera, desde entonces se incluían revisiones, recomendaciones y aportaciones (no solo de los países miembros OCDE) al Modelo de Convenio sin llevar a cabo revisiones completas del mismo. Lo anterior llevó a una revisión del Modelo de Convenio modelo de 1992 con hojas cambiables y a su versión de 1997 que consolida el carácter de modelo en proceso continuo de revisión que se pretendió por el comité fiscal desde el mismo nacimiento del modelo.

El artículo 26 de todos los modelos de tratados OECE y OCDE contenía la cláusula de intercambio de información. Dicha cláusula, como el propio convenio, ha ido cambiando a lo largo de los diferentes modelos de convenio.

Por su parte la Organización de las Naciones Unidas (ONU), continuadora de la Liga de Naciones o Sociedad de Naciones que fue disuelta tras la finalización de la segunda guerra mundial, tomó el relevo e invirtió sus esfuerzos en desarrollar los

⁷⁸ Que con el tiempo ayudarían a mejorar el convenio y las negociaciones y ayudaría a las administraciones tributarias y contribuyentes a interpretar los propios artículos del convenio.

principios de negociación en materia fiscal entre los países desarrollados y en desarrollo, tal como estaba haciendo, de forma paralela, la OCDE para los países desarrollados.

En consecuencia el Consejo exhortó a la secretaría general a crear un grupo de expertos *ad hoc* para estudiar el problema de los tratados entre países desarrollados y en desarrollo. El resultado fue un Modelo de Convenio publicado en 1980 después de un trabajo continuado desde 1968 que emitió múltiples directrices de negociación.

Otros intentos de desarrollar un Modelo de Convenio que eliminara el trato desfavorable que el Modelo OCDE daba a los países en desarrollo fue el Modelo de Convenio del Pacto Andino.⁷⁹ Este Modelo de Convenio publicado en 1971 se basaba en el principio de tributación en la fuente y no tuvo demasiado éxito ya que los países exportadores de capital no estaban dispuestos a aceptar tal exigencia.

También se puede considerar como otro Modelo de Convenio de doble imposición el de los Estados Unidos, ya que los convenios firmados por este país son negociados por el Departamento del Tesoro y deben ser presentados al Senado para su consideración. De esta forma el modelo de los Estados Unidos conlleva una serie de cláusulas y comentarios que suelen variar con respecto al Modelo de Convenio de la OCDE. Sin embargo en la práctica ni los Estados Unidos han podido dar forma al Modelo de Convenio OCDE ni tampoco han podido apartarse de él puesto que los países toman siempre como punto de partida para iniciar las negociaciones el modelo OCDE (Curtin, 1986).

b) Bilateralidad con base multilateral para resolver conflictos y sus alternativas

Toda esta negociación para solucionar el problema de la doble imposición es bilateral. No obstante, el desarrollo de los modelos de convenios se debe considerar multilateral, ya que en tal tarea se implican múltiples expertos de muchos países, no solo miembros de la OCDE, sino también de países no miembros que han participado a través de la firma de CDI.

⁷⁹ El Pacto Andino, Grupo Andino o Acuerdo de Cartagena fue firmado el 26 de mayo de 1969 por cinco países sudamericanos (Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú) con el propósito de mejorar, juntos, el nivel de vida de sus habitantes mediante la integración y la cooperación económica y social. El 13 de febrero de 1973, Venezuela se adhirió al acuerdo. El 30 de octubre de 1976, Chile se retiró de él. <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=195&tipo=QU&title=resena-historica>

Efectivamente, el Modelo de Convenio de la OCDE ha sido objeto de constantes revisiones desde su primera emisión en 1963. Parte de estas revisiones se deben a los ajustes que fueron surgiendo como consecuencia de las convenciones bilaterales que cada pareja de países planteaba en las negociaciones para firmar un CDI. Los grupos de expertos que fueron modificando y enriqueciendo el Modelo de Convenio adquirirían una experiencia técnica que tendrá una gran trascendencia en la evolución de la fiscalidad internacional, y en consecuencia se perfiló el rol de la OCDE como organización internacional más importante en materia fiscal internacional.

Pero, ¿por qué era necesario que los países firmaran CDI y cómo se llegó a la bilateralidad sistémica?

Tanto países inversores como receptores de inversiones tienen interés económico en alcanzar CDI. La doble tributación desincentiva a las empresas a realizar inversiones que podrían ser generadoras de riqueza. A pesar de que un CDI puede suponer reducción de ingresos tributarios al conllevar en muchos casos la minoración de cuotas impositivas por parte de cada uno de los países firmantes de un convenio (limitación en el país de la fuente, crédito fiscal en el país de residencia), el efecto positivo de las inversiones y la creación de riqueza tanto en el país receptor como en el inversor es mayor que la potencial pérdida de recaudación por reducción de tipos impositivos.

Si hablamos de países y territorios de baja o nula tributación, también existe interés por parte de los países con alta imposición de alcanzar acuerdos con aquellos, sobre todo para poder obtener información de las inversiones de sus contribuyentes en esos territorios. En ausencia de negociación de convenio, a los países de alta imposición les interesará generar una red de convenios que deje fuera a los países con baja o nula imposición y legislar unilateralmente la penalización fiscal de las inversiones y operaciones llevadas a cabo en esos territorios. Así, las inversiones en países sin convenio (y con prácticas fiscales perniciosas) generalmente quedarán sometidas íntegramente en el país de la residencia, que además impondrá obligaciones especiales de cumplimiento a las multinacionales e individuos que allí inviertan (medidas agresivas). De esta forma tratarán de desincentivar a las empresas a deslocalizar sus inversiones a países con baja o nula tributación y sin convenio.

En teoría, pues, los CDI sirven para regular el conflicto entre las distintas soberanías fiscales por imponer en la jurisdicción de residencia del contribuyente o en la jurisdicción de la fuente de renta. Para solventar este conflicto existirían dos posibilidades, la primera consiste en que la decisión de qué jurisdicción tiene derecho a imponer sobre la renta generada recaiga sobre una organización independiente de las dos soberanías, o sea, una organización supranacional investida de soberanía. La segunda opción consiste en que los países establecen de antemano unas reglas para compartir la tributación (convención), lo que supone una cesión de soberanía reglada.

La primera opción, salvo en casos excepcionales como pudiera ser la Unión Europea, no fue contemplada, más allá de la existencia de las organizaciones internacionales ya existentes que nunca han dispuesto de soberanía en materia fiscal internacional (entiéndase OCDE o Liga de Naciones, por ejemplo). La delegación genera la mayor fuente de costes imprevistos de soberanía (Abbott & Snidal, 2000).

Así que la segunda opción, la convención, fue la finalmente adoptada por los países para, por una parte, regular sus disputas cuando de fiscalizar operaciones internacionales se trata, por otra dar alivio a los contribuyentes para los casos de posible doble imposición.

Abbott y Snidal (2000) consideran que cuando el poder es asimétrico, los Estados dominantes prefieren la negociación bilateral. No sorprende pues que la organización encargada de favorecer la negociación de tratados bilaterales fuera la OCDE, organización internacional formada por las primeras economías del mundo durante aquel período.⁸⁰

Como consecuencia, los países comenzaron a negociar acuerdos que recogían normas y procesos para regular las relaciones internacionales de contribuyentes entre dos Estados: la fiscalidad internacional derivó hacia el bilateralismo.

Efectivamente, las disputas entre países exportadores e importadores de capital y los intereses de imponer en la fuente o en la residencia llevaron a las diferentes organizaciones a desarrollar acuerdos de máximos, buscando puntos de encuentro,

⁸⁰ No obstante, la globalización ha podido desnivelar los intereses, ahora los países con menos recursos, a priori, los menos poderosos, pueden “importar” bases e impuestos de forma rápida y sencilla siendo menor el interés por negociar convenios lo que les sitúa en una posición más poderosa y los países más desarrollados, los más poderosos a priori, en el intento de evitar la pérdida de impuestos pueden haber incrementado su interés en cooperar y negociar multilateralmente con aquellas soberanías. En resumen, podemos encontrarnos ante un cambio en las reglas clásicas de negociación.

que sirvieran como inicio de negociaciones que a la postre siempre fueron concluidas bilateralmente. Es decir, la asimetría entre los diferentes países fomentaba la negociación bilateral.

Así los modelos de la Liga de Naciones, Naciones Unidas o la OCDE⁸¹ han sido creaciones multilaterales que han servido como mecanismo de negociación bilateral para que las parejas de países negociaran en privado la fiscalidad internacional de sus relaciones comerciales.

¿Y por qué no se ha logrado imponer multilateralmente alguno de estos modelos de convenios?

Porque los países han querido mantener su soberanía fiscal negociando de forma individual cada convenio con cada país, tomando en cuenta las asimetrías en cada negociación y estableciendo las cláusulas más beneficiosas para su economía frente a aceptar un único modelo, limitador de su capacidad de negociación, que de alguna manera supondría una entrega de soberanía no controlada.

Las organizaciones que llevaron a cabo intentos de regulaciones multilaterales concluyeron en la imposibilidad de los mismos debido a las diferencias entre los países y la falta de consenso (los conflictos sobre la distribución de los tributos entre los países con intereses en la fiscalidad en residencia y los otros con intereses en tributación en la fuente).

En conclusión, desde el nacimiento de la negociación internacional de convenios reguladores de la doble imposición internacional, la tendencia ha sido la cooperación multilateral de documentación previa (elaboración de modelos de convenio) y la negociación y convención bilateral.

Lo anterior ha desencadenado una red de convenios bilaterales extensa: en 2011 había 2976 convenios de doble imposición firmados en todo el mundo según datos de Naciones Unidas.⁸²

La opción de desarrollar redes de regulación transnacional (Gordon, 2010) en materia fiscal o una autoridad fiscal internacional (Tanzi, 1999) son cuestiones que más allá

⁸¹ Los primeros han servido mejor los intereses de los países receptores de capital, primando la tributación en la fuente, mientras que la OCDE como organización formado por países desarrollados ha seguido un modelo que favorece la tributación en residencia.

⁸² [http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20\(IIA\)/Country-specific-Lists-of-DTTs.aspx](http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20(IIA)/Country-specific-Lists-of-DTTs.aspx)

de su planteamiento doctrinal han tenido poco éxito durante el desarrollo de las reglas fiscales internacionales hasta ahora. Los países se han sentido más cómodos y soberanos negociando sus propias normas directamente con otros países de su interés.⁸³

1.1.2. Concurrencia de medidas

Observamos como la bilateralidad sistémica, válida para solucionar conflictos de doble imposición se muestra insuficiente para limitar la doble no imposición. Si bien el sistema fiscal internacional se muestra sustentado sobre una red de CDI bilaterales, las medidas unilaterales y multilaterales se han convertido en fundamentales cuando se trata de luchar contra la evasión fiscal internacional.

De hecho, se puede afirmar que en la lucha contra la evasión fiscal internacional las medidas bilaterales pasan a un segundo plano y se convierten en soporte de las medidas principales de lucha que serán de carácter unilateral (generalmente más agresivas) y multilaterales (más amplias, estandarizadas y coordinadas).

No hay que perder la perspectiva de que el sistema fiscal internacional se ha creado sobre la negociación bilateral, y que esta sigue sirviendo en la aplicación de políticas, como se podrá de manifiesto con FATCA y su implementación a través de acuerdos (bilaterales) intergubernamentales, pero nos encontramos en una etapa en la que la concurrencia de medidas unilaterales, bilaterales y multilaterales marcan el paso de la lucha contra la evasión fiscal internacional.

1.2. ACTORES DEL SISTEMA

1.2.1. La OCDE: foro de las políticas fiscales internacionales

Siendo el sistema bilateral el elegido por los países para llevar a cabo las negociaciones para solventar los problemas técnicos que supone la doble tributación internacional (Morriss & Moberg, 2012) y la OCDE la organización internacional encargada de modelizar los acuerdos, la consecuencia derivada ha sido el desarrollo de una experiencia técnica por parte de la organización y sus diferentes comités y personal.

⁸³ La falta de participación de muchos países en el eventual desarrollo de cualquiera de estas alternativas multilaterales ha sido también una razón de peso en su fallo.

a) Prevalencia de la OCDE

Existieron alternativas al proceso de desarrollo del Modelo de Convenio, pero ninguna de ellas amenazó el liderazgo de la OCDE en la negociación internacional de convenios de doble imposición. Estas alternativas vinieron del interés de los países en desarrollo de incluir en las negociaciones provisiones más favorables para el Estado de la fuente (desde el momento que estos países son receptores de inversiones).

Las iniciativas nacidas en Latinoamérica fueron las que más incidieron en esta idea. Los países del Pacto Andino propusieron un Modelo de Convenio que eliminaba la posibilidad de gravar por el estado de residencia. Más laxo fue el Modelo de Convenio ideado por la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio,⁸⁴ aunque con tendencias a cargar la tributación en el estado de la fuente. Tanto uno como otro no tuvieron éxito sobre todo desde el momento en que los países desarrollados se negaron en bloque a aceptar la firma de convenios tan poco favorables para sus intereses.

La ONU también trabajó de forma paralela a la OCDE en el desarrollo de un Modelo de Convenio que favoreciera las relaciones entre países en desarrollo y países desarrollados. Finalizó un Modelo de Convenio en 1980⁸⁵ que recogía las demandas de los países en desarrollo, como por ejemplo, ampliar el concepto de establecimiento permanente o promover la tributación en el estado de la fuente. El modelo de la ONU ha sido revisado en 1999 y publicado en 2001.⁸⁶ Se puede comprobar que desde 1980 el modelo de la ONU ha tenido influencia en la negociación de tratados entre países desarrollados y en desarrollo, que algunas de sus propuestas sí han sido tomadas en consideración en las negociaciones. Un estudio del “*International Bureau for Fiscal Documentation*” (IBFD) muestra que la mayoría de los tratados concluidos entre países desarrollados y en desarrollo entre 1980 y 1997 incluyen propuestas derivadas del modelo de la ONU (Kosters, 2004).

⁸⁴ Creada por el Tratado de Montevideo, el 18 de febrero de 1960, siendo los países miembros constituyentes Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú y Uruguay, se adhirieron posteriormente Colombia, Ecuador, Venezuela y Bolivia. El objetivo consistía en establecer una zona de libre comercio (Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, 1960). En 1980 fue sustituida por la ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración) <http://www.aladi.org/sitioAladi/index.html>

⁸⁵ Que fue precedido en 1979 por un manual para la negociación de convenios entre países desarrollados y en desarrollo, cuyo objetivo es asistir a los países en desarrollo y las economías en transición a negociar convenios bilaterales.

⁸⁶ Y el manual en 2003, que puede encontrarse publicado electrónicamente en <http://www.un.org/esa/ffd/tax/manual.htm>

No obstante, la relevancia de la ONU en las políticas fiscales internacionales queda muy lejos del papel predominante que tiene la OCDE, habiéndose convertido esta organización en el principal foro multilateral de fiscalidad internacional (Rixen, 2008).

b) La supremacía del Modelo de Convenio OCDE

Con respecto a la negociación de tratados, la OCDE tomó el relevo de la ONU en los años sesenta y elaboró el Modelo de Convenio que ha venido siendo utilizado en las negociaciones bilaterales desde entonces.

El valor de la creación de un Modelo de Convenio que sirve como punto de partida para las negociaciones bilaterales reside en que tal trabajo resuelve la problemática técnica de la negociación.

A este logro han contribuido varios aspectos que la OCDE ha sabido manejar, además de algunas características inherentes a la propia institución que han servido para alcanzar estándares.

La flexibilidad ya comentada del Modelo de Convenio es fundamental. El Modelo de Convenio de la OCDE puede ser clasificado como *soft law*,⁸⁷ facilitando tal carácter la posibilidad de que una gran mayoría de Estados puedan aceptar tales estándares de entrada que pueden ir moldeando a lo largo de las negociaciones.

La flexibilidad inherente en *soft law* es una de las principales razones por la que el modelo es escogido por los Estados. Mejor que tener que acomodar divergentes circunstancias nacionales en un único texto, el modelo deja flexibilidad en la implementación (Abbott & Snidal, 2000).

El Modelo de Convenio, apoyado en la experiencia técnica de los equipos de la OCDE, ha sabido resolver los problemas técnicos derivados de las negociaciones (principalmente los derivados de la preservación de la soberanía de los Estados) dejando los problemas distributivos, más complejos y divergentes por naturaleza a la negociación entre los países (Rixen, 2008).

⁸⁷ Utilizamos para esta tesis el concepto de *soft law* y *hard law* conforme al trabajo de Kenneth W. Abbot y Duncan Snidal *Hard and Soft Law in International Governance* y el trabajo de los mismos autores junto con Robert O. Keohane, Andrew Moravcsik y Anne-Marie Slaughter, *The concept of Legalization*.

Por otro lado, la homogeneidad de los países que forman la OCDE, sin excesivas tensiones al tratarse de países por lo general a favor del principio de residencia, sirvió para desarrollar un Modelo de Convenio.

El Modelo de Convenio es un ejemplo de medida multilateral, aceptada por una multitud los países como estándares sobre una materia determinada pero sin capacidad de vinculación ni ejecución. Estos estándares para que tengan validez tienen que ser negociados por todos (o la mayoría de) los actores que deberán aplicarlos de forma previa a la publicación de los mismos y el resultado debe resolver problemas técnicos básicos para los países, dejando el diseño del mapa de beneficios a la negociación.

c) La experiencia de la OCDE

Como es sabido, la OCDE es una organización internacional multilateral. Formada por 34 países, 20⁸⁸ de ellos participan desde el inicio en la creación de la institución (1961), los otros 14⁸⁹ se fueron incorporando desde entonces.

Los objetivos fundamentales de la organización son alcanzar el crecimiento y empleo sostenible y elevar el estándar de vida de los países miembros, manteniendo la estabilidad financiera contribuyendo así al desarrollo de la economía mundial, la expansión económica de los Estados miembros (y también de los no miembros) y contribuir al desarrollo del comercio mundial.

Si bien estos objetivos siguen siendo los perseguidos por la OCDE, hay que poner de manifiesto la importancia de la propia organización y de los departamentos que mencionamos a continuación en el desarrollo y definición del sistema multilateral de fiscalidad internacional.

El Comité de Asuntos Fiscales (CAF) es la primera consecuencia de la acumulación de esta experiencia. Creado en 1956 (OEEC, 1956),⁹⁰ sus miembros son expertos en

⁸⁸ Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Islandia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Portugal, España, Suecia, Suiza, Turquía, Reino Unido y los Estados Unidos.

⁸⁹ Japón (1964), Australia (1971), Nueva Zelanda (1973), Finlandia (1969), México (1994), República Checa (1995), Hungría (1996), Polonia (1996), Corea (1996), Eslovaquia (2000), Chile (2010), Estonia (2010), Israel (2010) y Eslovenia (2010) <http://www.oecd.org/about/membersandpartners/list-oecd-member-countries.htm>

⁹⁰ El comité en asuntos fiscales fue creado originalmente en 1956 por la Organización para la cooperación económica europea bajo el nombre de “*Fiscal Committee*”, que fue el encargado de

materia fiscal procedentes de varios países miembros de la OCDE y tiene como observadores no miembros a Rusia, India, China, Sudáfrica y Argentina, al igual que una organización internacional como es el Fondo Monetario Internacional (FMI).

Los objetivos del CAF son facilitar la negociación bilateral de tratados, promover la comunicación entre países, promover la asistencia entre países y la eliminación de medidas fiscales nocivas, así como dar apoyo a través de análisis económicos y estadísticas a las administraciones tributarias y apoyar a los países no miembros a la integración internacional a través del diálogo, pautas y mejores prácticas.

Lo cierto es que en estos años de vida el CAF ha desarrollado un nivel de experiencia fiscal internacional inigualable por ninguna otra organización. Esto tendrá un significado trascendente en la nueva dimensión que está viviendo la fiscalidad internacional.

Por otro lado encontramos el Centro de Política y Administración Tributaria (CPAT). Se trata del departamento esencial en materia fiscal, da apoyo al CAF y asume el trabajo de análisis y diseño de políticas, recomendaciones y prácticas en temas tan trascendentes en fiscalidad internacional⁹¹ como las BEPS (“*aggressive tax planning*”), precios de transferencia o el intercambio de información fiscal.⁹² La profesionalización de los departamentos y comités fiscales de la OCDE tiene una importancia capital en la nueva era de cooperación y asistencia internacional en materia fiscal.⁹³

Posiblemente la contribución más trascendente de la OCDE a la problemática aquí tratada sea la creación del Modelo de Convenio. No obstante, tal como exponemos en esta tesis, en los últimos años los trabajos de la OCDE han trascendido las aportaciones a las negociaciones de tratados (o acuerdos de intercambio de

desarrollar el primer Modelo de Convenio. En 1971, se cambió el nombre por el de “*Committee on Fiscal Affairs*” que aun subsiste.

⁹¹ <http://www.oecd.org/ctp/>

⁹² El CPAT está formado por profesionales en fiscalidad internacional sin vinculación directa con sus países de procedencia, huyendo del clientelismo y el funcionariado para situarse en la línea de una red de expertos independientes que trabajan para una organización internacional como lo es la OCDE. Como se describen a sí mismos: “economistas, científicos, abogados y otros profesionales que trabajan en París” (Christians, 2010).

⁹³ En palabras del director ex director del CPAT, Jeffrey Owens, “otra cosa que ha cambiado es lo que llamo la profesionalización de nuestra plantilla. Además del incremento en tamaño, el hecho de que se atraiga a los mejores profesionales en fiscalidad muestra cuanto ha cambiado la organización desde los años ochenta” (International Tax Review, 2012).

información) entre los países para tomar parte activa en las políticas de lucha contra la evasión fiscal y el fomento internacional del intercambio de información.

La incorporación de las dinámicas del *soft law* y la valoración positiva del *expertise* como camino para desarrollar políticas fiscales son elementos fundamentales que utilizará la OCDE para convertirse en el auténtico foro de fiscalidad internacional en el que se reúnen y negocian expertos de una red de países cada vez más amplia para definir el camino a seguir en la lucha contra la evasión fiscal.

1.2.2. La Unión Europea en el corazón de la OCDE

Europa es el continente con mayor número de países desarrollados. Además los países de la Unión Europea son mayoría en la OCDE (21 sobre 34). Europa siempre estuvo en el corazón de los países de la OCDE.⁹⁴ La UE ha sido igualmente un impulsor de políticas e instrumentos de lucha contra la evasión y la competencia fiscal. La Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses (Consejo UE, 2003) es un ejemplo de iniciativa (pionera) de lucha contra la evasión fiscal a través del intercambio de información mediante la colaboración de las entidades financieras y las administraciones tributarias.

La vinculación de la UE con la OCDE se traduce en que muchas de las políticas de la OCDE son generalmente apoyadas, y muchas veces promovidas desde la UE.⁹⁵ Podría considerarse que las políticas de lucha contra la evasión fiscal de la UE están lideradas por la OCDE a nivel internacional, limitándose la UE a armonizar las políticas de lucha contra la evasión fiscal en su territorio, tratando de evitar, a la vez, competencias fiscales injustas. No obstante, ni la UE ni Europa se conforman como un actor exclusivo del sistema fiscal internacional de lucha contra la evasión fiscal. Dentro de la UE y de Europa existen países y territorios que pertenecen o han pertenecido al denominado mundo *offshore* o ámbito *offshore*, lo que hace de la UE

⁹⁴ Si acudimos a la diferenciación de Eden y Kudrle (2005) entre los tipos de países que forman parte del régimen fiscal por su alcance geográfico: en el corazón encontramos los países de la OCDE, en un segundo círculo los países no OCDE pero que aplican sus modelos y políticas y en el círculo más extremo los países no OCDE fuera de su régimen fiscal.

⁹⁵ La campaña de competencia fiscal nociva de la OCDE vino precedida de los *Verona Papers* del Consejo de la UE. Tanto la implementación de FATCA como la asimilación de sus mecanismos a las estructuras propias de la OCDE y de la propia UE fueron fomentadas precisamente desde la UE.

un actor con una voluntad mayoritaria de apoyo a las políticas fiscales de lucha contra la evasión fiscal internacional, pero con residuos de apoyo a la actividad *offshore*.

1.2.3. Los Estados Unidos como actor relevante del sistema

A la bilateralidad establecida del sistema fiscal internacional mediante la negociación de acuerdos, principalmente CDI y la conversión de la OCDE en foro de las políticas fiscales internacionales y a la posición decisiva de la UE, se une como tercer actor relevante un país como los EE.UU. cuyas decisiones y medidas en la lucha contra la evasión fiscal tienen siempre trascendencia en las políticas fiscales internacionales.

Los EE.UU. comienzan en la década de 1980 las actuaciones contra el fenómeno *offshore* que se había instalado de forma sistémica en sus multinacionales y en una buena parte de la gestión de las grandes fortunas.

Analizado el problema,⁹⁶ comienzan a lo largo de la década de los ochenta a tomar medidas en un doble sentido: (i) evitar el abuso de estructuras *offshore* y; (ii) obtener información desde los territorios utilizados en las planificaciones *offshore*.

Las decisiones tomadas por los EE.UU. se convertirán en tendencia y serán observadas por la OCDE y la UE en la lucha contra la evasión fiscal: las limitaciones a la compra de tratado, la regulación de los precios de transferencia, la subcapitalización y sobre todo el interés en limitar la actividad financiera *offshore* y obtener información fiscal de sus contribuyentes.

Como señala Kudrle (2009), frenar el abuso de los paraísos fiscales, lo cual beneficiaría a la comunidad global, no tiene ninguna oportunidad de éxito sin el rol determinante de los EE.UU. Esta afirmación toma mucho valor sobre todo a la luz de los acontecimientos ocurridos a partir de la crisis de 2008 y la ley FATCA.

Destacar la importancia de los EE.UU. en el estudio de la lucha contra la evasión fiscal internacional que se lleva a cabo en este trabajo, entre otras razones porque el hito que se pretende establecer como elemento fundamental del cambio en la forma de las políticas e instrumentos emana de aquel país, no implica poner a las tres instituciones que se consideran actores principales (EE.UU., UE y OCDE) en plano de igualdad ni por su trascendencia ni por su naturaleza.

⁹⁶ A través del informe Gordon de 1981.

Las características individuales de cada uno de estos actores, y sus configuraciones como Estado, organización supranacional y organización internacional provocan necesariamente una diferencia en el tratamiento analítico de sus políticas e instrumentos, sin que muchas veces los datos y las conclusiones que se puedan extraer sean comparables. El hecho de que los EE.UU., así como una gran parte de los Estados miembros de la UE sean a su vez miembros de la OCDE converge en que muchas de las políticas e instrumentos aplicables por unos u otros se encuentren necesariamente vinculadas entre sí, y que gran parte de la evolución de los tres actores vaya necesariamente relacionada.

1.3. ELEMENTOS DETERMINANTES

1.3.1. El efecto de la globalización en el sistema fiscal internacional

El desarrollo de las redes internacionales de convenios de doble imposición estaba ligada a la búsqueda del crecimiento económico a través de la liberalización del mercado. A pesar de que la evasión y elusión fiscal se tuvieron en cuenta desde el principio, estas no fueron prioridades frente a la búsqueda del desarrollo de la red de convenios. Desde el nacimiento de la red de convenios en los años sesenta varios elementos intrínsecos al sistema han favorecido la evasión y elusión fiscal, algunos de estos elementos son técnicos, ligados directamente a la estructura de los modelos de convenio como los precios de transferencia o la compra o abuso de tratado, otros son políticos, como la inacción durante los primeros años de desarrollo de la red y hasta casi los años noventa de los gobiernos para frenar el uso indebido de los paraísos fiscales y CFO por “sus” multinacionales, o la carrera por la competencia fiscal favoreciendo el uso de sistemas fiscales favorables por los contribuyentes para minimizar su fiscalidad o evitarla en algunos de los casos.

Posiblemente, el crecimiento del fenómeno de la evasión fiscal internacional no fue intencionado por parte de los países. La intención era desarrollar un mercado global y eficiente. La globalidad en los mercados llegaría al aproximarse la década de 1990 de la mano de los desarrollos tecnológicos. Pero la propia concreción del mercado global multiplicó la magnitud del problema de la evasión fiscal.

La magnitud incontrolable de la evasión fiscal y el uso y abuso de los paraísos fiscales y CFO han hecho reaccionar a los países a partir de los años noventa, que es cuando se puede establecer el comienzo de una política real, mediante un intento de

cooperación internacional, de lucha contra los paraísos fiscales y la competencia fiscal nociva.⁹⁷

Antes de los años noventa los países limitaban el efecto de la evasión fiscal internacional de forma unilateral, cerrando las vías a las multinacionales en la utilización de territorios que rebajaran su tributación.⁹⁸ Sin embargo, las planificaciones fiscales y el surgimiento de nuevos territorios, entidades y productos financieros al servicio de la evasión iban por delante de los intentos de cerrar las oportunidades (*loopholes*) que ofrecía el sistema. Además, los países individualmente tomando medidas limitadoras de beneficios fiscales para sus multinacionales ponían a éstas en una situación desfavorable frente a las multinacionales de aquellos países que no hacían uso de tales instrumentos. En definitiva, los países que decidían luchar contra los paraísos fiscales de forma unilateral quedaban en desventaja competitiva con los que no lo hacían. La cooperación de todos los Estados en las políticas fiscales limitativas de beneficios fiscales (a veces en forma de evasión) para las multinacionales era necesaria para evitar la competencia desleal de países *free-rider*.

Los CDI, como medida bilateral, tampoco solventaban el problema. Estando los paraísos fiscales y CFO fuera de la red de convenios, los países nada podían hacer. Además, los CDI servían para limitar el efecto de la doble imposición, buscando una única imposición económica para los operadores internacionales, además de contener algunas medidas de carácter administrativo, pero todo ello muy lejos de poder enfrentar el problema de la evasión fiscal derivado de la globalización.

1.3.2. La cooperación y las organizaciones multilaterales en la globalización

Los países intentaron generalizar sus medidas unilaterales mediante la coordinación multilateral. La limitación a la expansión de medidas unilaterales es la soberanía de los Estados y su jurisdicción. Ningún otro Estado ni organización internacional puede realizar las funciones de estado en una jurisdicción soberana distinta de la suya. En definitiva, los Estados pueden (y deben) tomar las medidas fiscales que consideren

⁹⁷ No obstante, aunque los países no acertaron a valorar correctamente la magnitud del problema debido a la llegada de la globalización y las nuevas tecnologías, la problemática de la evasión fiscal sí fue prevista de forma previa: el informe Gordon data de 1981, y efectivamente desde EE.UU. se tomaron algunas medidas tendentes a limitar el efecto pernicioso que los paraísos y CFO durante los ochenta.

⁹⁸ Cancelación de tratados intentando evitar la compra, regulación de los precios de transferencia, normativa sobre transparencia fiscal internacional o subcapitalización.

oportunas para regular su cuota de evasión fiscal, pero no pueden obligar a otros Estados o jurisdicciones a tomar medidas similares y complementarias de las suyas: limitación territorial en la ejecución de la norma (Picciotto, 1992). Como quiera que el mercado es global, y los contribuyentes realizan múltiples contactos geográficos, la soberanía y jurisdicción de los diferentes países entran en conflicto en tanto las actividades económicas (sometidas a tributación) se sobreponen en diferentes estratos soberanos. Y del problema, surge la solución, que viene dada de la mano de la cooperación.

a) Cooperación y disgregación de la soberanía fiscal

Los Estados no están dispuestos a ceder su soberanía a la fiscalidad internacional porque la capacidad de imponer y recaudar impuestos es una (sino la máxima) expresión de su soberanía nacional.

No obstante, dentro del propio concepto de soberanía existen dos tipos, la soberanía jurídica, o sea, el poder de legislar y la soberanía administrativa, como la autoridad de hacer cumplir la ley, es decir, en el caso que nos ocupa, recaudar impuestos (Rixen, 2008).

Los gobiernos han reaccionado a la presión de la economía globalizada, buscando soluciones multilaterales y cediendo parte de su soberanía fiscal administrativa mediante la cooperación y el intercambio de información con otros gobiernos.

b) La creación de una red de regulación transnacional en materia fiscal

Gran parte del efecto de la globalización económica se debe al desarrollo del comercio internacional. Este fenómeno vino propiciado en parte por el desarrollo de la cooperación internacional derivado primero del Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles (GATT, por sus siglas en inglés) y después por la Organización Mundial del Comercio (WTO, por sus siglas en inglés). Efecto similar ha tenido el FMI en el desarrollo del sistema monetario internacional.

Tanto uno como otro fenómeno han sido considerados por la doctrina como la desagregación de los Estados en la conducción de sus relaciones internacionales. Esto es lo que han venido a denominar como la formación de redes de regulación transnacional.

Las características han sido apuntadas por Verdier (2010): agencias gubernamentales individuales y actores negocian directamente con sus contrapartes extranjeras y alcanza entendimientos informales en sus áreas de responsabilidad, la experiencia y la desvinculación de presiones políticas domésticas les permiten resolver problemas que las organizaciones internacionales tradicionales no son capaces de solventar.

En opinión de Slaughter (2004), la población y los gobiernos necesitan instituciones globales para resolver los problemas colectivos que solo pueden ser solucionados en una escala global. No obstante, estas nuevas instituciones de regulación transnacional deben ser descentralizadas, es decir, estar desagregadas de los Estados. A estos efectos, las instituciones creadas tras la segunda guerra mundial no son válidas, teniendo que ser reformadas o reinventadas, si no algunas creadas de nuevo.

Las redes globales de gobierno pueden ayudar ofreciendo un forma flexible y relativamente rápida de conducir la gobernanza global, coordinar e incluso armonizar la acción de los gobiernos a la vez que toman decisiones y monitorizan su cumplimiento para solucionar problemas globales.

Gran parte de las teorías sobre las redes de regulación transnacional, en los términos expuestos parecen plenamente aplicables a la reacción de los gobiernos en materia fiscal (evasión) como consecuencia de la globalización.

Siguiendo a Gordon (2010), el intento de desarrollar redes de regulación transnacional en materia fiscal se canalizó a través de la OCDE, aunque se trató de persuadir al Fondo Monetario Internacional (FMI)⁹⁹ por ser la organización internacional que mejor reflejaba los intereses de todos los países con compromisos en la materia: territorios *onshore* y territorios *offshore*, frente a la OCDE, con una consideración más de club de países ricos.¹⁰⁰ Uno de los errores que pueden lastrar el funcionamiento de las redes de regulación internacional es la carencia de

⁹⁹ El FMI finalmente desestimó la propuesta de desarrollar los estándares, *soft law* o *soft power persuasion* necesarios para limitar las prácticas de paraísos y CFO debido a los intereses que algunos de sus miembros como Reino Unido y Canadá tenían en territorios *offshore* (Gordon, 2010)

¹⁰⁰ El intento de desarrollar una red de regulación internacional en materia fiscal debía cumplir con una serie de requisitos. Uno de estos requisitos será que la organización encargada de diseñar los estándares y dictar las recomendaciones tuviera la mayor representatividad.

representación global, para ello, la solución apuntada por Slaughter es ampliar los miembros de las instituciones.¹⁰¹

El trabajo de los gobiernos y organizaciones y agencias estatales en los estudios preparatorios y desarrollo de propuestas consensuadas es un elemento clave en el desarrollo de redes de regulación internacional.¹⁰² Pero este trabajo debe ser cooperativo, no ejecutivo, es decir los participantes en los trabajos (bien gobiernos, ministerios o agencias) deben acudir con la rebaja de soberanía necesaria¹⁰³ para que las negociaciones y conclusiones puedan darse en clave internacional y cooperativa más que nacional y perseguidora del beneficio individual. Así, las conclusiones, recomendaciones o estándares resultantes deben ser más en clave experta y cooperativa que política y coercitiva.

Sistemas de revisión y monitorización de las medidas y acciones adoptadas por los países son otros requisitos para el éxito de las medidas cooperativas internacionales. Sobra decir que la experiencia profesional interna e internacional es fundamental para poder conseguir el objetivo. También es necesario desvincular estas acciones de las presiones políticas de los países.

En conclusión, la vía de enfrentar la problemática del fraude, evasión y elusión fiscal *offshore* y las malas prácticas fiscales, como problema global necesitado de soluciones globales, podría verse ayudado por un intento de desarrollar redes de regulación transnacional que diseñen políticas e instrumentos fiscales internacionales en la línea de mejores prácticas con el carácter de *soft law*, buscando la persuasión y cooperación internacional mediante el desarrollo de unos estándares consensuados más que emitiendo una auténtica normativa internacional.

La necesidad de un guión de buenas prácticas además se antojaba necesario con la explosión del fenómeno globalizador que confluyó con la proliferación de

¹⁰¹ El intento de utilizar al FMI para llevar las campañas de la OCDE supone una forma poco convencional de ampliar la representatividad. Otras formas que podemos observar de ampliar la representatividad, aun dentro de la OCDE y sin incrementar el número de miembros, puede ser la creación de foros de encuentro y su apertura a una multitud de países.

¹⁰² La profesionalización de los departamentos de la OCDE también representa un elemento clave en el nuevo enfoque cooperativo.

¹⁰³ Sin mochila para poder negociar en base a la experiencia técnica, como apuntaba Janet Halley, *Royall Professor of Law* en la presentación del libro *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy* del profesor David Kennedy (Kennedy, 2016) en la *Harvard Law School* el 9 de marzo de 2016.

operaciones internacionales cuyo objetivo era la erosión de las bases imponibles de las multinacionales y la deslocalización de beneficios.

De esta manera, y a través de la OCDE se persiguió la elaboración de unas políticas conducentes a cambiar el comportamiento de los territorios que facilitaban las prácticas fiscales dañinas mediante la elaboración de unas medidas y recomendaciones.

La OCDE, por sus características de organización internacional formada por países europeos, más otras primeras economías como Australia, Canadá, Japón y Estados Unidos, y una serie de países con alto desarrollo económico como Nueva Zelanda, Corea, Chile, México o Turquía¹⁰⁴ fue diseñada para conseguir el crecimiento económico y la estabilidad fiscal siendo uno de sus objetivos realizar estudios y actuar como foro para sus miembros. Esta naturaleza curial servirá a los fines de la pretendida red de regulación internacional.

En resumen, nos encontramos con una organización que por experiencia, profesionalidad y razón de ser tiene muchas posibilidades de poder analizar la problemática y obtener conclusiones razonables, pudiendo así iniciar un camino conducente a la elaboración de estándares y normas de consenso promotoras de una autentica red de regulación internacional.

No obstante, el hecho de ser una organización formada únicamente por países desarrollados (un club de ricos) y en la que sus órganos de gobierno, sus miembros, son directamente los gobiernos de los Estados (y no agencias o asociaciones de estos) y por tanto, muy politizado, suponen un hándicap a la hora de intentar establecer políticas globales.¹⁰⁵ En palabras de Slaughter (2004) las instituciones creadas a raíz de la segunda guerra mundial no eran válidas, teniendo que ser reformadas o reinventadas. Rixen (2008), por su parte, considera los cambios en las instituciones desde dos perspectivas, la destrucción creativa y la reforma incremental. Según el autor, la OCDE ha cambiado su configuración original mediante una reforma incremental.

¹⁰⁴ En teoría no incluye ningún país con deficiente desarrollo económico ni países considerados paraísos fiscales o CFO, aunque en la práctica incorpora las dependencias de ultramar de alguno de los países miembros y a Suiza y Luxemburgo.

¹⁰⁵ Esta es una de las razones por la que se intentó involucrar al IMF en el desarrollo de los estándares de buen comportamiento fiscal, ya que el IMF cuenta con una representación más global.

c) Aplicación por parte de la OCDE

Con las anteriores ventajas y desventajas la OCDE trabajó desde la década de los noventa en elaborar una serie de reglas que los países y territorios deberían cumplir para evitar la competencia fiscal perniciosa. Adicionalmente elaboraría una serie de listas de territorios considerados no cooperadores a los que proponía una serie de recomendaciones para salir de las listas. En conclusión, la OCDE apuntaba en su campaña de competencia fiscal dañina desarrollada en el informe *Harmful Tax Competition: an Emerging Global Issue* de 1998 (OECD, 1998) a dos objetivos: por un lado el uso de CFO por inversores residentes en países OCDE y por otro la competencia fiscal entre los propios gobiernos de países OCDE para atraer inversiones mediante la reducción de tipos impositivos (Webb, 2011).

Proponía igualmente una serie de estándares para intentar definir los territorios con malas praxis,¹⁰⁶ pero esta buena iniciativa se convertiría en fatal para la credibilidad de la OCDE cuando dos años después de la emisión del informe de 1998 consideró que todos los países OCDE cumplían los estándares. Hay que tener en cuenta que países como Suiza, Luxemburgo o Reino Unido (y sus paraísos-dependencias de ultramar) eran miembros OCDE. Parecía que los estándares no habían sido definidos para ser universales (Gordon, 2010). Así era complicado desarrollar redes de regulación internacional.

En este sentido, el desarrollo de redes de regulación internacional sigue una serie de parámetros como la desagregación del Estado en la conducción de las relaciones internacionales que no se estaba cumpliendo en el caso de la maniobra de competencia fiscal perniciosa (Verdier, 2010). Además, el modelo de club que impone conductas a seguir, incumpliendo todos los requisitos de *accountability* (Slaughter, 2003) debilitaba el modelo elegido para luchar contra la competencia fiscal perniciosa y los paraísos fiscales.

Por otra parte la forma de proceder tampoco era la mejor: pareciera que los estándares propuestos iban encaminados a pillar a los malos y hacerles cambiar sus políticas fiscales.¹⁰⁷ Cuando más bien los estándares deberían haber venido precedidos de un

¹⁰⁶ (a) baja o nula tributación; (b) *ring fenced* para residentes; (c) falta de transparencia; y (d) nulo intercambio de información

¹⁰⁷ No era sencillo para muchos territorios, con administraciones tributarias primitivas, no ya imponer tributación sobre ingresos del capital sino incluso determinar la generación de esos ingresos y la

estudio en profundidad de la realidad a la que se enfrentaban muchas administraciones tributarias, determinar las limitaciones de las mismas y estudiar puntos de encuentro. Solo a partir de ahí se podría haber iniciado una fase de desarrollo de estándares.

En conclusión el intento de buscar una solución multilateral y cooperativa al problema derivado de la globalidad y la consiguiente evasión fiscal internacional incontrolada, que resolviera la incapacidad de las medidas bilaterales (válidas para gestionar la doble imposición pero insuficientes para la doble no imposición) y el efecto pernicioso de las unilaterales (intentando cerrar *loopholes* que son superados constantemente por mejoradas versiones de planificación y generando un problema de competencia a sus propias multinacionales por el efecto de los las jurisdicciones oportunistas) no funcionó inicialmente por varios motivos, pero principalmente por (i) un error en el diseño y enfoque de las políticas e instrumentos de la organización que lo llevó a cabo y; (ii) por la falta de universalidad de la propia organización.

2. INSTRUMENTOS DISPONIBLES PARA LUCHAR CONTRA LA EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL

Todo lo anterior muestra cómo ha sido la evolución y cuál es el contexto resultante en el que se encuentra el sistema fiscal internacional en materia de lucha contra la evasión fiscal. En consecuencia, las políticas e instrumentos fiscales contra la evasión fiscal serán condicionadas por sus características: sistema bilateral consolidado y valido para solucionar problemas de doble imposición, pero insuficiente para evitar la no imposición, jurisdicciones que se resisten a ceder su soberanía fiscal y que compiten fiscalmente e instituciones internacionales con la experiencia precisa pero que encuentran dificultades en la elaboración de normas globales.

Diversas formas de luchar contra la evasión fiscal se han dado desde el inicio del problema: medidas unilaterales, instrumentos bilaterales, campañas institucionales, presiones internacionales para cambiar políticas fiscales, etc. En este capítulo intentaremos clasificar los tipos de medidas fiscales atendiendo a su característica más señalada y definir el impacto y alcance que cada tipo de medida puede tener, y cómo los diferentes tipos de medidas se relacionan entre ellas. En el siguiente capítulo

imputación a un no-residente. Además no desligar claramente la problemática derivada de la evasión fiscal de la del lavado de dinero (derivado de terrorismo y actividades ilegales) afectó la imagen de los territorios señalados.

estudiaremos qué medidas concretas han sido tomadas por países y organizaciones internacionales, localizaremos estas medidas en la tipología aquí expuesta y veremos cuáles han sido las reacciones y consecuencias de las mismas.

Proponemos la siguiente clasificación: en función del impacto que las medidas tienen sobre la soberanía fiscal de las jurisdicciones podremos diferenciar entre medidas intrusivas, que exigen cambios en los sistemas fiscales y que afectan, por tanto, a la soberanía jurídica de los países y medidas colaborativas, de asistencia en la gestión tributaria y que afectan a la soberanía administrativa. Las primeras se pueden considerar instrumentos de tipo dinámico, y las segundas instrumentos de tipo pasivo. En función de las jurisdicciones que deciden elaborar e implantar políticas e instrumentos, nos encontraremos con medidas unilaterales, bilaterales y multilaterales.

2.1. INSTRUMENTOS DE TIPO DINÁMICO-INTRUSIVO

Tendientes a influir en la actividad económica y de planificación fiscal de los contribuyentes mediante cambios en los regímenes fiscales de los Estados.

Generalmente dirigidos a detectar prácticas de los actores internacionales, ya sean estos empresas multinacionales, individuos, gobiernos o administraciones tributarias que generan situaciones de no imposición tributaria. Analizan las actividades y normativas que generan la situación de no imposición y determinan las medidas que habría que imponer a los diferentes actores para contrarrestar el perjuicio.

En el análisis se puede incluir cualquier norma o práctica que perjudique la normal tributación de multinacionales o individuos, por actividades económicas o por inversiones de capital: desde la baja (o nula) tributación o la regulación mercantil y financiera favorable hasta los incentivos fiscales para atraer inversiones extranjeras.

Debido a las limitaciones de jurisdicción (e incluso diplomáticas) de los países individuales para dictar medidas que erradiquen estas prácticas, son las organizaciones internacionales, haciendo uso de su carácter de organización de cooperación internacional las que se encargan de llevar a cabo este tipo de medidas. Dichas medidas tienen la forma de recomendaciones, que pueden contener una carga importante de presión internacional e incluso sanciones de algún tipo. No tienen carácter recíproco porque los Estados que las promueven (a través de la organización

internacional) ya cumplen, por regla general, con el contenido de las recomendaciones.

La limitación a este tipo de medidas viene de la mano de la soberanía de los Estados y jurisdicciones. El derecho a imponer los tributos y diseñar su sistema tributario anida en lo más profundo del concepto de soberanía legal de los Estados. Recibir recomendaciones sobre cambios en sus sistemas legales-fiscales atenta contra este principio de soberanía y los Estados y jurisdicciones no van a permitir tal invasión.

2.2. INSTRUMENTOS DE TIPO PASIVO-COLABORATIVO

Tendientes a obtener asistencia de otras jurisdicciones con la finalidad exclusiva de someter a tributación a contribuyentes propios.

Se dirigen a otros Estados y jurisdicciones con el fin de obtener colaboración administrativa, sin exigir directamente ningún cambio normativo. No obstante, las exigencias de colaboración y el alcance de la misma puede obligar a los Estados y jurisdicciones a realizar ajustes normativos para que dicha actividad no conculque normas preestablecidas.

Las solicitudes de colaboración pueden estar destinadas a las administraciones, instituciones públicas o privadas del otro país, dependiendo del ámbito de colaboración exigido.

Generalmente conllevan reciprocidad, lo cual justifica la cooperación de otros Estados y jurisdicciones al poder beneficiarse de la misma asistencia. Otras formas de conseguir la colaboración de otros Estados, jurisdicciones y agentes puede venir por la vía de la imposición de medidas sancionadoras, principalmente de carácter comercial, fiscal o de control en el país o grupo de países de los que emana la norma.

Puede darse una tercera opción, en la que los Estados y jurisdicciones a los que se les solicita asistencia negocien una negativa a la misma suministrando al país solicitante con un ingreso equivalente al que habrían obtenido por recaudación de impuestos en el caso de recibir la asistencia.

Pueden emanar de países individuales que buscan la cooperación para fiscalizar a sus propios contribuyentes, derivados de acuerdos bilaterales o provenientes de organizaciones internacionales que buscan acuerdos multilaterales de cooperación.

La limitación por soberanía no es tan explícita como en el caso de las medidas dinámico-intrusivas, ya que en este caso se trata de cesión de soberanía administrativa, no tan ligada a la propia definición de los sistemas legales y fiscales sino relacionada con las gestiones propias de recaudación tributaria. Además la reciprocidad de gran parte de estas medidas favorece la justificación de la cesión de soberanía fiscal.

Pueden existir limitaciones desde el punto de vista de la carga administrativa que supone la asistencia a otras administraciones tributarias y de los desarrollos técnicos y armonización de procedimientos e información que se requiere para que todo el trabajo derivado sea funcional.

2.3. INSTRUMENTOS UNILATERALES

Son regulación nacional, aprobada por los órganos legislativos de un país sin mandato ni recomendación de organización supranacionales.¹⁰⁸ Pura ejecución de su soberanía legal.

Hay que tener en cuenta que en materia fiscal, y en el ámbito de la negociación internacional, las medidas unilaterales pueden ser suficientes para solucionar los problemas de la doble imposición. España es un claro ejemplo al establecer mecanismos en la normativa interna que eliminan el problema de la doble imposición internacional tanto a nivel individual como societario. No obstante, cuando se trata de doble no imposición, o de lucha contra la evasión fiscal internacional, este tipo de medidas son insuficientes.

Los países elaboran normas unilaterales específicas para evitar la evasión fiscal. Detectado un problema, como puede ser la utilización de entidades extranjeras sin actividad económica y controladas por residentes de un país para evadir impuestos, bien mediante la ocultación del beneficio bajo una apariencia societaria en un territorio de baja o nula tributación o con la simple intención de aprovecharse de la denominada compra o abuso de tratado, los países imponen normas por las que hacen transparentes aquellas sociedades (transparencia fiscal internacional) y obligan a los socios de las mismas a imputar el beneficio obtenido por la sociedad en su renta personal.

¹⁰⁸ No obstante los organizaciones supranacionales también podrían dictar sus normas unilaterales, como sería el caso de la UE.

El problema de este tipo de medidas unilaterales tendentes a evitar la evasión fiscal internacional es la falta de información para poder aplicarlas eficientemente. Los países (sobre todo los paraísos fiscales y CFO) no comparten información sobre inversiones de no residentes a los países de residencia, y de hacerlo, muchas veces el intercambio de información no cumple su función por el mero hecho de que el tenedor de la inversión no es el no residente (que sería el beneficiario efectivo), sino una sociedad (controlada por éste) constituida y residente en la jurisdicción del paraíso fiscal o CFO.¹⁰⁹

Así, las medidas unilaterales para luchar contra la evasión fiscal internacional pueden ser insuficientes sin un mayor alcance en el conocimiento sobre las actividades que los contribuyentes de un país realizan en otros países (normalmente paraísos fiscales o CFO). Nos encontramos, por otra parte, que en el ámbito de la lucha contra la evasión fiscal internacional las medidas unilaterales pueden afectar globalmente, incluso provocando que otros países tengan que llevar a cabo modificaciones legislativas con el fin de cumplir dentro de sus fronteras las exigencias de aquella norma.

No existen sanciones por su incumplimiento, si bien las consecuencias del mismo pueden reportar perjuicios considerables a los no cumplidores, sobre todo de tipo comercial, fiscal o de control en el país del que emana la norma.

Pueden afectar al principio de soberanía nacional desde el momento que ciertos operadores de países extranjeros optaran por cumplir la norma extranjera, sin embargo, al no ser la norma directamente ejecutable fuera de las fronteras del país, las decisiones y cambios normativos tomados por los países receptores de la norma se deben considerar también como unilaterales: un claro ejemplo es FATCA que impone obligaciones de cumplimiento a instituciones financieras de todo el mundo. Las entidades financieras cumplidoras pueden violar algunos principios normativos nacionales, por lo que los gobiernos pueden optar por modificar su norma interna para que las entidades financieras cumplan con FATCA y a la vez no violen normas nacionales.

¹⁰⁹ Existen otras medidas unilaterales, como lo son aquellas que regulan los precios de transferencia o la subcapitalización que buscan el efecto de regular la pérdida de ingresos tributarios derivada de las actividades internacionales, sin embargo estas medidas las encajo más dentro de la lucha contra la elusión fiscal (planificación agresiva, siempre abierta a interpretación) que contra la propia evasión fiscal (ocultación y consiguiente evasión de impuestos).

En opinión de Palan y Wigan (2014) el fracaso de medidas multilaterales como la campaña de AII o la de revisión entre pares han provocado que los países (y organizaciones supranacionales) se hayan decantado por la utilización de medidas unilaterales.

2.4. INSTRUMENTOS BILATERALES

Negociadas entre dos países, y que afectan a exclusivamente a éstos en sus relaciones fiscales internacionales. Se trata de una cesión de soberanía reglada y compensada por la cesión de soberanía de la contraparte. Por regla general las medidas bilaterales tienen mayor legitimidad que las unilaterales debido a que estas son aprobadas por las administraciones tributarias, poder ejecutivo o poder legislativo de los países y debidamente traspuestas y son más sencillas de negociar que las multilaterales porque la negociación bilateral permite la adaptación de la medida a las circunstancias específicas de cada uno de los países negociadores.

Otra característica que se da con asiduidad en las medidas bilaterales es que están basadas en modelos que han sido desarrollados multilateralmente (el mejor ejemplo, el modelo OCDE).

Pueden tener diversa jerarquía legal, siendo los tratados internacionales los de mayor jerarquía y los acuerdos de tipo administrativo los de menor jerarquía. Los primeros son negociados por los gobiernos y aprobados por los poderes legislativos por regla general, los últimos pueden ser aprobados por las administraciones tributarias sin necesidad de aprobación parlamentaria.

Con FATCA asistimos a un caso de medidas unilaterales secundadas en su implementación por instrumentos bilaterales, como son los acuerdos intergubernamentales.

Los países utilizan las medidas bilaterales principalmente para aliviar la doble imposición, como complemento a las reglas unilaterales y en clave de cooperación entre países. Los tratados y acuerdos internacionales pretenden solucionar los problemas en clave internacional (a través de las reglas del tratado) antes que nacional (acudiendo a la interpretación de normas internas de cada uno de los países).

Aunque muchas de las reglas para evitar la evasión y elusión fiscal son unilaterales, reforzadas por los acuerdos bilaterales, un elemento fundamental de estos últimos en la lucha contra la evasión fiscal, que no puede ser alcanzado con normas unilaterales,

es la cooperación en materia de intercambio de información y de asistencia administrativa en materia fiscal. Las medidas bilaterales refuerzan este aspecto (fundamental) en la lucha contra la evasión fiscal.

2.5. INSTRUMENTOS MULTILATERALES

Puede tratarse de medidas o disposiciones dictadas por órganos supranacionales y que son de obligado cumplimiento para los Estados miembros, como es el caso de la UE o bien aquellas emanadas de organizaciones internacionales no vinculantes que se emiten a través de recomendaciones o campañas como las emanadas desde la OCDE.

El primer tipo se encuadra dentro de la consideración de *hard law*, donde la obligación, precisión y delegación de la norma son altas¹¹⁰ mientras el segundo tipo sería *soft law* en la que dichos elementos normativos aparecen minimizados o no existen.

No obstante, cuando hablamos de gobernanza global, solo las segundas tienen interés puesto que no existe una organización internacional capaz de imponer normas de obligado cumplimiento globalmente.

En este contexto las medidas multilaterales se consideran como no vinculantes para los diferentes países, conformando una especie de grupos de recomendaciones o *soft law*. Pareciera pues que solo las medidas unilaterales o bilaterales capaces de vincular a los Estados tienen trascendencia. Además siendo las últimas solo una regulación del interfaz de las normas nacionales,¹¹¹ parecería que no hay ninguna medida multilateral que pueda evitar aquella supremacía de las medidas unilaterales. Sin embargo, la sustancial cooperación multilateral juega un rol importante en la diseminación y coordinación de las medidas unilaterales y bilaterales (Rixen, 2008).

¹¹⁰ Acudimos aquí a la configuración del concepto de legalización y de *hard and soft law* en la gobernanza internacional realizado por Abbott, Keohane, Moravcsk, Slaughter y Snidal en los trabajos publicados en *International Organization*, volumen 54 en el verano de 2000 en el que concepto de legalización se configura de tres características: Obligación (los Estados u otros actores están sujetos a una regla); Precisión (la regla define la conducta que se requiere, autoriza o proscribe sin ambigüedades); y Delegación (que se le ha otorgado autoridad a una tercera parte para implementar, interpretar y ejecutar la norma). Estas características se pueden graduar y varían independientemente, siendo el tipo ideal de legalización (*hard legalization, hard law*) aquel en el que estas características se dan en su grado máximo [O,P,D], o al menos la Obligación y la Delegación [O,p,D] (Abbott et al., 2000) (Abbott & Snidal, 2000).

¹¹¹ Efectivamente, los CDI son negociados por los países, pero no impuestos, por los que estos respetarán a la hora de negociar sus normativas unilaterales.

Igualmente, es preciso destacar, que este tipo de *soft law* tiene validez por sí mismo, no solo proveyendo una base para la negociación internacional y el alcance de acuerdos, sino incluso creando pactos y discursos que pueden modelar la política internacional.

3. CONSIDERACIONES FINALES

Imposibilidad de acuerdos de doble imposición multilaterales

La creación de la red de acuerdos bilaterales de doble imposición a través, primero de los trabajos de la Liga de Naciones y después de la OCDE, demostró la imposibilidad de crear acuerdos multilaterales que regularan los aspectos fundamentales de la fiscalidad internacional.

La preferencia de los países para gestionar caso por caso la cesión de soberanía que supone la firma de un convenio y la complejidad de alcanzar un acuerdo multilateral debido a las diferencias entre los países que les hacían discrepar en puntos de acuerdo básicos para concluir cualquier negociación multilateral hicieron a las organizaciones internacionales renunciar al intento de concluir un acuerdo multilateral en materia fiscal internacional.

En consecuencia se consolidó un sistema bilateral sustentado en una amplia red de CDI y un Modelo de Convenio consecuencia de trabajos multilaterales.

La bilateralidad sistémica válida para la doble imposición insuficiente para la doble no imposición

La amplia red de CDI se ha demostrado válida para solucionar los problemas derivados de la doble imposición pero insuficiente para solventar aquellos derivados de la doble no imposición y la evasión fiscal debido principalmente a dos causas:

1. El precario sistema de intercambio de información bajo petición consolidado en los tratados hace que las administraciones tributarias no dispongan de herramientas válidas para luchar contra la evasión fiscal internacional.
2. La falta de expansión de la red de tratados a las jurisdicciones y territorios no colaboradores.

La supremacía del modelo de la OCDE y la conversión de esta organización en el principal foro multilateral de fiscalidad internacional

El Modelo de Convenio de la OCDE se ha impuesto como elemento fundamental en la negociación de CDI. La red de convenios se basa principalmente en este modelo y la OCDE ha sido parte clave en el desarrollo de la misma. Impregnándose de la experiencia de las negociaciones y de un Modelo de Convenio en constante evolución y enriquecido por aquella experiencia, la OCDE y sus instituciones encargadas de la fiscalidad internacional, la CAF y el CPAT, se han convertido en el principal foro multilateral de fiscalidad internacional.

La globalización y la necesidad de cooperar

Los CDI se negociaron a partir de los años sesenta en la búsqueda de un mercado global enriquecedor de la economía. El mercado global y los procesos globalizadores explotan con la ayuda de los desarrollos tecnológicos con la llegada de la década de 1990. La globalización genera a su vez una evasión fiscal internacional incontrolable. Hasta entonces las medidas unilaterales eran las utilizadas para limitar la evasión fiscal, lo que generaba problemas de competencia. La cooperación multilateral debe ser la solución al problema.

Organizaciones internacionales en clave multilateral se configuran como la solución de los efectos globales de la problemática fiscal internacional (el mercado se incrementa hacia la globalidad al igual que las oportunidades de evadir).

Soluciones coordinadas: redes de regulación internacional, *soft law* y recomendaciones

La necesidad de coordinar políticas fiscales internacionales se debe realizar a través del desarrollo de redes de regulación internacional, para lo que se necesitan organizaciones internacionales experimentadas y amplias (tendientes a la globalidad), de las que deben emanar normas no vinculantes: *soft law* o recomendaciones.

En este escenario, la OCDE se convierte en la organización internacional elegida para llevar a cabo las políticas y decidir los instrumentos. Para ello debe respetar los principios aplicables a las redes de regulación internacional: desagregación de los Estados y desvinculación de presiones políticas.

El primer intento realizado por la OCDE, la campaña de 1998, falló en la tentativa de funcionar como red de regulación internacional al no cumplir con los principios establecidos.

El sistema ofrece unos instrumentos determinados para luchar contra la evasión fiscal internacional

Del análisis del sistema fiscal internacional en materia de evasión fiscal internacional inferimos los instrumentos que este ofrece y los clasificamos en dos grupos: en función de la naturaleza de los instrumentos y en función de la institución o instituciones de las que emanan.

Así, en el primer grupo consideramos dos tipos de instrumentos, aquellos de tipo dinámico-intrusivo, analizan comportamientos fiscales de los Estados o jurisdicciones y proponen cambios en sus sistemas fiscales, y los de tipo pasivo-colaborativo, que pretenden obtener (y dar a cambio) asistencia administrativa relacionada con el intercambio de información y la recaudación de impuestos. El primero enlaza con exigencias de cambios legales que afectan a la soberanía jurídica de los Estados y jurisdicciones, mientras que las medidas de tipo pasivo-colaborativo ofrecen una menor intromisión en la soberanía legal al exigir soluciones puramente administrativas y por regla general reciprocidad por parte de los Estados que proponen la medida.

El segundo grupo de instrumentos lo clasificamos en función de la institución o instituciones de las que emanan. Clasificamos los instrumentos en unilaterales, bilaterales o multilaterales en función de si el instrumento nace de la soberanía legal de un solo país, de la negociación entre dos países, o de un conjunto de países, normalmente agrupados en torno a una organización internacional.

Las primeras pueden ser más agresivas y complejas de implementar globalmente al faltar el consenso internacional. No obstante, en los últimos tiempos vemos un crecimiento de medidas unilaterales por la poca efectividad de las multilaterales y la incapacidad de las bilaterales de evitar las oportunidades de evadir.

CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE POLÍTICAS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES APLICADOS PARA LUCHAR CONTRA LA EVASIÓN FISCAL ANTES DE FATCA (1981-2010)

En este capítulo se analizarán las políticas e instrumentos que han venido siendo aplicados por Estados, organizaciones supranacionales y organizaciones internacionales, pero para ello, y con la finalidad de poder realizar un análisis comparado en la formulación de las medidas, partiremos de una diferenciación entre políticas e instrumentos anteriores a la aparición de FATCA y las posteriores (incluyendo el análisis sobre la propia FATCA).

Se inicia el capítulo con un epígrafe descriptivo de la evolución del sistema fiscal de lucha contra la evasión fiscal internacional diferenciado en tres fases (a la que se añade una fase previa de antecedentes) y con tres actores: los EE.UU., la UE y la OCDE.¹¹²

En el segundo epígrafe se exponen y analizan las políticas e instrumentos de cada uno de estos tres actores y se analizan tanto las propuestas como los obstáculos que encontraron para implementarlas y las consecuencias derivadas de las políticas. Se pone de relieve la transformación de la OCDE como un elemento fundamental del cambio que se percibe en el sistema internacional de lucha contra la evasión fiscal.

Por último, se analiza específicamente el intercambio de información como instrumento que forma parte esencial de la lucha contra la evasión fiscal

¹¹² Ya los identificados en el capítulo II como actores principales del sistema fiscal internacional de lucha contra la evasión fiscal, son ellos los escogidos por la importancia de cada uno de ellos individualmente en materia de lucha contra la evasión fiscal internacional y por el conjunto de relaciones entre ellos en la elaboración de instrumentos y el diseño de políticas globales de lucha contra la evasión fiscal.

Los EE.UU. y su hegemonía política y económica mundial lo convierten en un caso único de toma de decisiones de contenido político y económico en la lucha contra la evasión fiscal. Especial relevancia tienen los EE.UU. en esta tesis al ser una norma suya unilateral, FATCA, la que consideramos la clave del cambio de estilo en las políticas del resto de actores.

La UE por su parte engloba al grupo de países desarrollados más numeroso que sufre los efectos de la competencia fiscal perniciosa. Adicionalmente la UE es un ejemplo único de armonización fiscal, sin restar importancia al hito de la unión monetaria, aunque no se considere su efecto sobre la evasión fiscal en esta tesis. Por otra parte, la ascendencia de la UE sobre la OCDE la convierte en un actor importante de este estudio.

Por último la OCDE que se ha convertido, por su experiencia y su disposición en las continuadas campañas de lucha contra la evasión fiscal internacional en el principal actor internacional en el sistema fiscal internacional. Adicionalmente, es en este organismo en el que encontramos los más importantes cambios que pretendemos poner de manifiesto en esta tesis.

No obstante, esta elección no es original, ya que Eden y Kudrle (2005) la utilizaron anteriormente.

internacional. Se le concede especial relevancia a este instrumento porque: (i) se trata del elemento fundamental de la ley que consideramos piedra angular del cambio operado en el sistema, FATCA; (ii) es el elemento común que aparece en todas las políticas de lucha contra la evasión fiscal aplicadas; y (iii) se ha convertido en el núcleo sobre el que gira la lucha contra la evasión fiscal, que ha obtenido una aprobación casi global y que ha puesto de acuerdo a muchos y diversos países consiguiendo un efecto más cercano a la globalidad y sobre todo ha incrementado la cooperación entre los países e instituciones.

1. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA FISCAL INTERNACIONAL DE LUCHA CONTRA LA EVASIÓN FISCAL

Aunque el análisis de políticas e instrumentos que contiene este capítulo está delimitado temporalmente desde 1981 a 2010, se comienza este epígrafe por una exposición de políticas fiscales en los EE.UU. que se retrotrae a la década de 1960, ya que es a partir de ese momento cuando comienzan a aplicarse las primeras medidas tendentes a controlar la inversión internacional con el objetivo de evitar la evasión y la elusión fiscal. En ese momento nacen conceptos que hoy siguen estando en vigor, como la transparencia fiscal internacional o la compra o abuso de tratado.¹¹³

El estudio se va a dividir en tres partes. La primera se centrará en los EE.UU. y en el informe Gordon, para ello se divide el análisis en dos fases, una previa al informe, que comienza en la década de 1960 y otra posterior al informe, desde 1981 y tomará la década de los ochenta como espacio temporal de aplicación del informe. La segunda parte contendrá un análisis de las actuaciones, principalmente de la UE y de la OCDE durante la década de 1990. Por último se describen las políticas e instrumentos que vieron la luz durante la primera década del siglo XXI y se hace una referencia al impacto de la crisis financiera y los escándalos de evasión fiscal a partir de 2008, como punto de partida de la ley FATCA y del nuevo escenario que aparece a partir de ese momento.

¹¹³ En las políticas fiscales de los EE.UU. fueron conocidas como *Subpart F* y *Treaty Shopping* respectivamente.

1.1. PRIMERA FASE: EL INFORME GORDON Y LOS EE.UU. EN LA DÉCADA DE 1980

El elemento central del análisis será el informe Gordon, como primer estudio en profundidad de la problemática de los paraísos fiscales y de la ocultación *offshore* (Gordon, 1981).¹¹⁴ Ve la luz en los EE.UU. durante el mandato del presidente Carter, y de la mano del IRS, del Departamento del Tesoro y del Departamento de Justicia de los EE.UU.¹¹⁵

No es extraño que EE.UU. sea uno de los actores principales puesto que allí es donde comienzan a fraguarse las políticas de lucha contra la evasión fiscal internacional, entre otras razones porque las multinacionales americanas son las pioneras en la utilización de los paraísos fiscales y CFO en sus planificaciones fiscales. Es así que en la década de los ochenta, primera etapa en la que la lucha contra los paraísos fiscales y CFO comienza a tomar trascendencia, el protagonismo será de los EE.UU.¹¹⁶

Se van a destacar dos fases en las políticas de combate de la evasión fiscal tomando el informe Gordon como divisor entre ellas: una fase previa al informe Gordon, donde se destacan los intentos desde EE.UU. de limitar los excesos de sus multinacionales en la utilización de territorios *offshore* mediante reconfiguraciones de tratados de doble imposición y aplicación de normativas internas sobre transparencia fiscal internacional y una segunda fase a partir del informe Gordon, durante la década de los ochenta en la que el IRS pretende aplicar las doctrinas derivadas del informe, no siempre con éxito debido a las políticas neoliberales imperantes en dicha etapa.¹¹⁷

¹¹⁴ Conocido como Informe Gordon (“Gordon Report”), el título original en inglés del informe es “*Tax Havens and their Use by the United States Taxpayers – An Overview*”, fue presentado el 12 de enero de 1981.

¹¹⁵ En opinión de Eden y Kudrle (2005), el Departamento del Tesoro de los EE.UU. junto con el CAF de la OCDE han sido los actores principales detrás del desarrollo de los sistemas fiscales internacionales que son los que soportan las políticas de lucha contra la evasión fiscal.

¹¹⁶ Eden y Kudrle (2005) consideran tres etapas en las acciones contra los paraísos fiscales, la primera durante la década de los ochenta llevada a cabo de forma unilateral por los EE.UU., la segunda durante los noventa por la Unión Europea y finalmente la OCDE tomando el relevo de los anteriores, desde una perspectiva multilateral y con la campaña de competencia fiscal perniciosa de 1998 como primera acción relevante.

¹¹⁷ A tal respecto, es preciso enfatizar la ascendencia que los economistas liberales tienen en la toma de decisiones de los gobiernos republicanos de aquel país. Tesis como las sostenidas por Daniel Mitchell, principal representante en política fiscal del más importante *think tank* republicano de los EE.UU., *The Heritage Foundation*, defendiendo la competencia fiscal y la globalización como oportunidad para los contribuyentes de cambiar fácilmente sus actividades productivas a localizaciones con impuestos más bajos (astutas tomas de decisiones individuales para evitar los altos impuestos), o considerando a los

1.1.1. Las medidas contra la actividad *offshore* antes del informe Gordon

El informe Gordon supone un hito en la historia de lucha contra la evasión fiscal, la ocultación fiscal y los paraísos fiscales. Hasta ese momento no se había llevado a cabo un análisis completo para definir el fenómeno, la operativa y el impacto de los paraísos fiscales. El informe Gordon, como la mayoría de las iniciativas americanas, se centra en soluciones unilaterales al problema global de la evasión y la ocultación *offshore*.

A pesar de que el informe Gordon sería el primer enfoque global del problema, la lucha contra los paraísos fiscales y los CFO comenzó en los EE.UU. antes de su publicación. Se podría incluso concretar el año de inicio de la lucha en 1962, momento de la aprobación del *Subpart F* del código fiscal americano, con el que nacería la transparencia fiscal internacional. Antes de esa fecha pueden observarse en los EE.UU. políticas de fomento de los paraísos fiscales y CFO. Efectivamente, ha sido política general de los gobiernos de los EE.UU. promover la economía de sus posesiones ultramar mediante incentivos fiscales, pretendiendo así la generación de beneficios del capital, lo que facilitó la utilización de esos territorios *offshore* para que las multinacionales deslocalizaran beneficios, en la búsqueda del desarrollo económico de estos territorios (Jeffers et al., 2006).

Fue a partir de la década de 1960 cuando en los EE.UU. comienza la preocupación por los excesos en las planificaciones fiscales cometidos por sus multinacionales y los contribuyentes de altos patrimonios.¹¹⁸ A pesar de que las medidas de limitación de los paraísos y CFO comienzan en 1962, el proceso de crecimiento de la planificación fiscal *offshore* continuó e incluso se multiplicó durante las siguientes décadas hasta llegar a la situación actual.¹¹⁹ La razón puede deberse a que el fenómeno que fomentó

países OCDE como cártel de elevadores de impuestos que intimidan a los países pobres para que cambien sus sistemas fiscales, generando así distorsiones del mercado (Goulder, 2000; Mitchell, 2000). Esta línea ideológica se muestra crucial en el devenir de los apoyos de un país como los EE.UU. a las políticas de lucha contra la evasión fiscal, como se fundamentará en el capítulo IV de esta tesis.

The Heritage Foundation es una institución educativa, un *think tank* según propia definición cuya principal misión es promover y formular políticas públicas conservadoras basadas en la empresa libre, gobierno limitado, libertad individual, valores tradicionales y defensa nacional. Es importante destacar la influencia de este *lobby* en gobiernos americanos desde la llegada de Ronald Reagan al gobierno de los EE.UU. porque algunas de su acciones de presión política han tenido un fuerte impacto en la política fiscal internacional.

¹¹⁸ En la década de 1960 se encontraba en pleno funcionamiento el *Euromarket* y diseñadas las normativas de jurisdicciones y territorios que funcionaban como intermediarios.

¹¹⁹ Según datos del propio informe Gordon, el total de activos que compañías americanas tenían en paraísos fiscales y CFO a través de sociedades contraladas era de 11,7 billones (americanos) en 1968,

la evasión y elusión fiscal fue la evolución económica y técnica, como por ejemplo, la llegada a los mercados de nuevos productos financieros o la popularización de las líneas aéreas, lo que facilitaba los viajes a los territorios *offshore*, que por regla general eran las jurisdicciones que soportaban el fenómeno.¹²⁰

El *Subpart F* del Código Fiscal Americano se convirtió, en 1962, en la primera herramienta de lucha contra la utilización de paraísos fiscales por residentes americanos al gravar a los socios por las operaciones realizadas en las sociedades *offshore*: individuos residentes fiscales en los EE.UU. interponían sociedades controladas (*Controlled Foreign Company o CFC*), residentes en paraísos fiscales para recibir las rentas pasivas y acogerse por un lado a la tributación preferente del paraíso fiscal y por otro al diferimiento de impuestos que ofrece la normativa americana a las sociedades controladas en el extranjero. Mediante el *Subpart F* se trataba de corregir esta situación. Una especie de sistema de transparencia fiscal internacional sobre los beneficios recibidos por sociedades *offshore*. Se garantizaban de esa forma que los dividendos, intereses y demás rentas pasivas de las sociedades *offshore* quedaran gravadas en los socios al momento de recepción en la sociedad *offshore* aunque estas rentas no fueran efectivamente repatriadas a los EE.UU. o repartidas a los socios.

Igualmente, en la misma década comenzó la identificación y la consiguiente lucha contra el denominado *treaty shopping* o compra o abuso de tratado. El *treaty shopping* es tratado en el informe Gordon en el capítulo VIII, considerando el abuso de los tratados desde terceros países y apuntando las Antillas Holandesas y el tratado con Holanda como el principal ejemplo de esta práctica. La utilización de estos territorios para canalizar inversiones por su nula o baja tributación sumado a la utilización de unos CDI con tipos muy reducidos o nulos provocaban que la generación de beneficios apenas quedara sometida a tributación en los EE.UU.¹²¹

alcanzando los 55,4 billones en 1976; las inversiones directas de empresas americanas en paraísos y CFO pasó de 4,7 billones en 1968 a 23 billones en 1978; los depósitos de 5 billones en 1968 a 89 billones en 1978. Por su parte el “*Senate’s Committee on Investigations*” en 1985 estimaba que la economía sumergida era de entre 150 billones a 600 billones, mientras que la brecha fiscal (*tax gap*) había pasado de 30.9 billones en 1973 a 90.5 billones en 1981; en otro informe posterior valoraba el *tax gap* desde los 100 billones del 1986 hasta los 200 billones en 1992.

¹²⁰ De forma similar al efecto de internet y la globalización a partir de la década de 1990.

¹²¹ En Anexo se ofrecen, para una mejor comprensión, diagramas básicos del funcionamiento del las sociedades controladas interpuestas y el *Subpart F* (transparencia fiscal internacional) y del *Treaty Shopping* tanto para patentes como para préstamos (caso Aiken).

El informe Gordon ofrece detalles, a veces tomados de resoluciones judiciales, como por ejemplo Aiken Industries, Inc. que recibía préstamos de su matriz en Bahamas, la cual a su vez cedía el préstamo a una tercera sociedad domiciliada en Honduras. La compañía hondureña recibía el pago de intereses sin que Aiken Industries, Inc. practicara retención en aplicación del CDI entre EE.UU. y Honduras. Previsiblemente este interés no pagaba impuestos ni en Honduras, ni posteriormente en Bahamas.

Analiza los diferentes abusos de tratados, como por ejemplo las sociedades financieras residentes en Antillas Holandesas: la financiación de sociedades americanas se hace a través de una subsidiaria en Antillas que a su vez toma prestado (principalmente del *Euromarket*). El pago de interés desde EE.UU. a las Antillas Holandesas queda exento de retención por el CDI y la sociedad de Antillas solo paga por la diferencia entre el interés recibido y el pagado a un tipo reducido que además puede ser deducido por la matriz americana. El caso de la cesión de patentes a sociedades holandesas que recibirán los royalties desde EE.UU. sin retención y pagarán al titular de la patente (normalmente nominada en un territorio *zero-tax*) también sin retención, consiguiendo en este caso la absoluta elusión de impuestos. La constitución de sociedades tenedoras de la participación de sociedades activas en EE.UU. evita la retención en el pago del dividendo que sí se produciría si el receptor fuera directamente una persona física. Por tanto, aportar la participación a una sociedad residente en un país con convenio y nula tributación (Antillas Holandesas) deja el dividendo sin tributar. Otros ejemplos de abusos fiscales sobre inversión inmobiliaria o beneficios de artistas y deportistas son puestos de manifiesto en el informe.

Considera, en conclusión, que el abuso de tratado desde terceros países se produce porque ciertos tratados proporcionan: reducción o eliminación de la retención en origen, baja o nula tributación en destino y baja o nula tributación en el pago final.

El IRS determinó que los CDI con Reino Unido y Holanda, que se habían hecho extensibles a sus territorios de ultramar, habían fomentado su utilización en las planificaciones fiscales usando tales territorios, que se habían convertido en paraísos fiscales y CFO.

Ya en la misma década de 1960 los EE.UU. comenzaron a legislar con el fin de evitar tal abuso, y así, en 1962 prohibió la aplicación del CDI con Suiza a los que no fueran efectivamente allí residentes.¹²²

En paralelo, durante este periodo de tiempo, la lucha contra la evasión fiscal de la OCDE y su CAF se puede considerar a través de dos mecanismos: el primero será el desarrollo del Modelo de Convenio, y el segundo el desarrollo de los principios de precios de transferencia.¹²³

Junto al abuso de tratado y la transparencia fiscal internacional, los precios de transferencia se convierten en esta etapa en otra regulación emergente que será finalmente aceptada de forma amplia en la búsqueda de la limitación de los excesos *offshore*. Siguiendo a García-Herrera Blanco (2001), las operaciones vinculadas, como aquellas no realizadas entre partes independientes, en condiciones, por tanto, distintas a las de mercado, se configuran como operaciones bajo un único poder de decisión o comunidad de intereses que permite pactar precios con la finalidad de conseguir ventajas fiscales. Sin duda el pacto de precios multinacional bajo una única comunidad de intereses tenderá a cargar los costes en los territorios con tipos impositivos más altos y ampliar los beneficios en aquellos con tipos más bajos, produciéndose una injusta distribución de las bases imponibles y la elusión o evasión fiscal. Las regulaciones sobre precios de transferencia intentan corregir este abuso.

A pesar de la aparición de estos instrumentos y regulaciones de lucha contra la evasión fiscal internacional, aquella época se caracterizó por ser precursora de las políticas liberales, en la que los Estados estaban más motivados en facilitar la competitividad de sus multinacionales a través de la expansión de estas, favoreciendo los movimientos de capitales e indirectamente el reforzamiento de los paraísos fiscales, muchas veces a través de la firma de tratados de doble imposición. Sin embargo, una primera toma de conciencia de la pérdida de ingresos fiscales debido a la deslocalización de riqueza y beneficios comienza a aparecer.

¹²² En 1987 hizo lo propio con Holanda para evitar el abuso a través de las Antillas Holandesas. Un abogado del tesoro americano diría que un tratado con las Antillas Holandesas es un tratado con todo el mundo.

¹²³ En 1977 se lanza el modelo de tratado definitivo, que mejora el de 1973. Como ya dijimos el Modelo de Convenio, así como la negociación bilateral de convenios no está directamente orientada a luchar contra la evasión fiscal (o doble no tributación) sino a solucionar los problemas de doble tributación. En 1979 la OCDE publica su guía sobre precios de transferencia.

Dos conclusiones se pueden sacar, por un lado se intenta desde los Estados desarrollados (principalmente desde los EE.UU.) buscar la tributación que comienza a sentirse perdida y por otro se desarrollan conceptos que marcarán la lucha contra la evasión fiscal internacional como los precios de transferencia, la compra o abuso de tratado o la transparencia fiscal internacional.

1.1.2. El informe Gordon y sus consecuencias en los ochenta

Fue en los ochenta, y a raíz de la toma de conciencia referida cuando se realizan los primeros estudios en profundidad de la evasión y elusión fiscal y del fenómeno de los paraísos fiscales.

El informe Gordon es un documento de 262 páginas en el que se describen los paraísos fiscales y sus características, su utilización por contribuyentes americanos y los perjuicios que causan. Igualmente existe un análisis de tratados y su abuso, de la normativa americana y sus lagunas y se realizan recomendaciones al respecto.

Entre las recomendaciones, se hace una especial mención a las necesidades de acceder a la información tributaria de los contribuyentes, bien mediante la exigencia de elaboración, mantenimiento y auditoría de sus libros o bien mediante el intercambio de información entre países, con especial incidencia en la información bancaria. Muestra esta preocupación el interés de los EE.UU. por el intercambio de información, objetivo que no han dejado de perseguir hasta hoy.

Siguiendo a Eden y Kudrle (2005), las recomendaciones clave del informe Gordon serían las siguientes:

- *El acceso a la información:* La necesidad de que el IRS pueda acceder a información fiscal relevante de las transacciones internacionales realizadas por sus contribuyentes. Hace referencia a las obligaciones contables y de documentación y las sanciones por su incumplimiento.
- *Carga de la prueba en el contribuyente:* el contribuyente debe demostrar aquellos hechos fiscales que quiera aplicar, bien sean gastos deducibles, valoraciones o precios de transferencia.
- *Ampliación de la jurisdicción de los EE.UU.:* Control sobre la efectiva gestión de empresas en paraísos fiscales, determinando que si dicho control se realiza desde los EE.UU. las empresas tributarán allí por todos sus beneficios mundiales.

- *Solicitud de la retención de convenio a posteriori*: A las compañías se les aplica automáticamente la retención de convenio. Propone cambiarlo por una devolución posterior de la diferencia una vez que la compañía pruebe que efectivamente tiene derecho a beneficiarse de los tipos reducidos.
- *Subpart F*: Expandir las provisiones del mismo a contribuyentes americanos tenedores de participación en sociedades residentes en paraísos fiscales a la totalidad de los ingresos.¹²⁴
- *Tratados*: Terminar los tratados existentes con los territorios ultramar de Holanda y Reino Unido, así como con todos los paraísos fiscales. No firmar ningún nuevo tratado con paraísos fiscales a no ser que los mismos incluyan una cláusula de no discriminación, una autoridad encargada de solucionar disputas y cláusulas de intercambio de información.
- *Intercambio de Información*: Todos los tratados debe incluir un cláusula de intercambio de información amplia que elimine el secreto bancario. Tomar medidas que disuadan a las compañías de invertir en paraísos fiscales que no intercambian información como medida de presión a los mismos para entrar en acuerdos de intercambio de información con los EE.UU. Propone como ejemplo, incrementar las retenciones en EE.UU. como país de la fuente para los beneficios pagados a esos paraísos o imponer una sanción del 50% sobre cualquier beneficio relocalizado a través de un paraíso fiscal.
- *Treaty shopping*: Limitar los beneficios de los tratados a los residentes.

Otro punto que hoy resulta importante destacar del informe Gordon, que no es apuntado aquí y que hoy toma una gran relevancia, fue su llamada a la cooperación internacional para luchar contra los paraísos fiscales: “*The United States alone cannot deal with tax havens*”. La visión unilateral de los EE.UU. en sus luchas contra la evasión y ocultación fiscal apuntaba así a la necesidad de cooperar.

Las propuestas de Gordon para acabar con el problema de los paraísos fiscales se han convertido en principios básicos de la lucha contra la evasión fiscal. Entre ellas había dos relativas a la necesidad de obtener información fiscal: el acceso a la información

¹²⁴ El *Subpart F* solo transparentaba las rentas derivadas de los ingresos pasivos (o de capital o cartera como los intereses o dividendos) o por inversiones inmobiliarias en los EE.UU. y solo a las sociedades participadas en más del 50%, lo cual era fácil de burlar.

y el intercambio de información con otras soberanías fiscales, consolidando la información fiscal como principio básico en la lucha contra la evasión fiscal *offshore*. Además hizo propuestas que con el tiempo se han convertido en principios de lucha contra la evasión fiscal: carga de la prueba en los contribuyentes por operaciones con paraísos fiscales, la transparencia fiscal internacional (mediante la ampliación del *Subpart F*), o la exigencia de residencia efectiva para evitar el *treaty shopping*.

Por otra parte, se indica en el informe, aunque no se aborda la problemática, que la red de tratados con paraísos fiscales sitúa a los EE.UU. en una posición ventajosa para recibir inversiones extranjeras, lo cual puede condicionar la toma de medidas paliativas del uso de paraísos fiscales. Se limitan a identificar el problema, a hacer un llamamiento sobre las estructuras *ad hoc*, sin sustancia económica, pero no se compromete con una solución debido a los intereses económicos que para los EE.UU. puede tener el fenómeno *offshore*.

Algunas de las propuestas de Gordon fueron incluidas en el Código Fiscal de los EE.UU. durante la década de los ochenta: en 1982 introduce la petición formal de documentación, a la que siguen ciertas regulaciones sobre intangibles o royalties apuntadas en el informe. En 1986, siguiendo las indicaciones del informe Gordon, amplían el *Subpart F* para hacerlo extensible a titularidades inferiores al 50%, y en el año siguiente, también a consecuencia del informe, cancelan el tratado con las Antillas Holandesas al considerarlo pernicioso. Los EE.UU. marcaban con sus políticas unilaterales de lucha contra la evasión fiscal *offshore* la tendencia en la lucha contra la evasión fiscal internacional.

Pero sin duda, el instrumento de lucha contra la evasión fiscal que más destaca de esa etapa es el “*Caribbean Basin*”,¹²⁵ intento de los EE.UU. de negociar nuevos tratados con los países caribeños, como principales paraísos fiscales vinculados al país, con la intención de reforzar el intercambio de información y acabar con la falta de transparencia y el secreto bancario.

El informe Gordon supuso un análisis de la situación del que surgieron muchas de las principales propuestas de políticas e instrumentos utilizados por los EE.UU. en la lucha contra la evasión fiscal internacional, a pesar de los contratiempos políticos debido a las políticas neoliberales a raíz de la llegada de Ronald Reagan al poder, y

¹²⁵ *Caribbean Basin Initiative* o *Caribbean Basin Economic Recovery Act* (CBERA)

que, en parte harían olvidar la importancia del informe.¹²⁶ Efectivamente los primeros años de gobierno de Ronald Reagan, coincidiendo con el gobierno de Margaret Thatcher en Reino Unido supusieron el inicio de las políticas neoliberales, de libre comercio, libre mercado y bajadas de impuestos,¹²⁷ permitiendo la generación de un espacio *offshore* desregulado, que ayudaría a mejorar los castigados resultados de las compañías (Alexander, 2008; Cameron & Palan, 2004).

Consideramos acertada la ampliada definición de *offshore* utilizada por Cameron y Palan (2004) como la economía *offshore* formada por los mercados financieros *offshore*, el Euromarket o los paraísos fiscales, pero en la práctica, el *offshore* es una categoría mucho más amplia consistente en todo tipo de espacios soberanos principalmente definidos por su falta de regulación e impuestos en comparación con los Estados-Nación. También es acertada su clasificación en cuatro espacios *offshore*: mercados financieros *offshore*, centros financieros *offshore*, paraísos fiscales y zonas francas.

Sin embargo, parte de la doctrina no terminaba de entender los paraísos fiscales como negativos para la economía americana, basándose en teorías como el sistema de renta mundial y el crédito fiscal internacional favorecedor de la recaudación para los casos de beneficios procedentes de paraísos fiscales, sin tener en cuenta el efecto de la ocultación y la falta de información.

Por su parte, en 1987 la OCDE publicaba su informe “*International Tax Avoidance and Evasion: Four Related Studies*” (OECD, 1987), como una especie de informe Gordon global. Las recomendaciones de la OCDE eran menos específicas y directas que las del informe Gordon, como cabe esperar de las recomendaciones que puedan ser hechas desde un foro multilateral y para grupos de países diversos frente a las realizadas en clave nacional, sobre causas y casos concretos y bajo el encargo de la propia administración tributaria. No obstante, la OCDE sí recogía el testigo, en la esfera internacional, del informe Gordon en materias como la transparencia fiscal internacional o la carga de la prueba.

¹²⁶ TJN dice en relación con el informe Gordon: “*Highly critical of tax havens, it was published just as Ronald Reagan came to power, and was immediately forgotten about*”.
(<http://www.taxjustice.net/topics/more/offshore-history/>)

¹²⁷ La Reforma Fiscal de Ronald Reagan del año 1986 consistió principalmente en una bajada generalizada de impuestos.

1.2. SEGUNDA FASE: POLÍTICAS E INSTRUMENTOS EN LA DÉCADA DE 1990 ANTE EL EFECTO DE LA GLOBALIZACIÓN

Con la llegada de los años 90, la caída del telón de acero y la irrupción de internet¹²⁸ comienza la globalización, que afectará a todos los sectores de la vida, pero principalmente a la economía y por supuesto a los impuestos y la evasión fiscal.

Si la actividad en paraísos fiscales no dejó de crecer desde 1960, en los años noventa, con la llegada de la globalización se intensificó. Las dinámicas de movimientos de capitales, deslocalizaciones de beneficios y cambios de residencia, que se habían puesto en práctica durante los años anteriores, se simplificaron gracias a la llegada de las nuevas tecnologías (teléfonos móviles, internet, digitalización, etc.). Los mercados financieros se internacionalizaron y las inversiones a través de centros financieros en paraísos fiscales llegaron a todas partes del mundo. La tecnología ayudó a expandir el fenómeno, pero la misma digitalización va a ser un elemento fundamental en la lucha contra la evasión fiscal. La conversión de la información fiscal a formato digital, la simplicidad de su manejo y facilidad de entrega han hecho que un intercambio de información fiscal internacional más efectivo esté más cerca de ser posible.

La evolución de las políticas durante la década de 1990 se caracteriza por el traspaso de los principios e instrumentos utilizados unilateralmente durante los años ochenta a foros multilaterales como son la OCDE y la UE.

La OCDE, tras el informe de 1987 (*International Tax Avoidance and Evasion: Four Related Studies*) desarrollaría dos iniciativas que tendrán gran trascendencia en el estudio de la evasión fiscal internacional: (i) a finales de la década de los ochenta crearía la convención sobre asistencia mutua administrativa en materia fiscal (CAM) y (ii) a partir de 1996 comenzaría los trabajos preparatorios del informe sobre competencia fiscal dañina de 1998.

La primera de estas dos iniciativas se enmarca dentro del ámbito de los intereses de los EE.UU. de conseguir un intercambio de información efectivo. El segundo, impulsado ya por la UE y el G7, tras los trabajos del denominado *Verona paper*, pretende analizar y denunciar prácticas fiscales perniciosas e intentar contrarrestarlas con recomendaciones y presión internacional.

¹²⁸ “The Internet created legal loopholes, exacerbated tax evasion problems, encouraged money laundering, and made regulation more difficult.” (Eden & Kudrle, 2005)

La Unión Europea por su parte continuaba con su armonización fiscal,¹²⁹ y comenzaba a plantearse los retos de mercado único recién estrenado en 1992. Aunque muchas propuestas fiscales habían sido llevadas a la UE, ninguna de ellas había fructificado debido a las diferencias entre instituciones propias de la UE y los Estados miembros.

Sin embargo a partir de 1996 se observan cambios en las políticas de la UE y de los Estados miembros que se pueden representar perfectamente en la trascendencia que un documento como el denominado *Verona paper* (Commission of the European Communities, 1996) tuvo sobre las negociaciones de políticas e instrumentos fiscales dentro de la UE.

Verona paper es un documento de discusión del Consejo de Asuntos Económicos y Financieros (ECOFIN) que describe tres problemas que hay que atajar desde la perspectiva de las políticas e instrumentos fiscales: (i) el funcionamiento del mercado único, (ii) la degradación de los sistemas fiscales y (iii) el desempleo. Sobre el tratamiento de estos tres problemas plantea el perjuicio producido por la competencia fiscal injusta que consideran como una amenaza sobre un mercado sin fronteras y un capital cada vez más móvil. Preveían la erosión de bases y el incremento de los impuestos sobre los factores menos móviles como es el trabajo, y en consecuencia mayor desempleo y peligro del Estado de Bienestar. Esta narrativa sobre la competencia fiscal injusta fue aceptada por la Comisión y los Estados miembros (Radaelli, 1999) que, tras negociaciones políticas y ajustes de pérdida-beneficio entre los Estados miembros finalizó en unas conclusiones del Consejo (Council of the European Union, 1997) en el que recogía un paquete de instrumentos de lucha contra la competencia dañina dentro de Europa, como el Código de Conducta y la propuesta de Directiva del Ahorro.

A partir de este proceso de cambio en las políticas de la UE, el debate sobre la competencia fiscal dañina se amplió a foros internacionales como el G7 y la OCDE. Esta última organización, a través de la CAF y el CPAT, comenzaría a trabajar en la competencia fiscal dañina desde la misma aparición del *Verona paper* y concluiría sus trabajos en 1998. Sin embargo existen diferencias considerables entre la competencia fiscal dañina de la UE y la de la OCDE, en tanto la primera se limita a un espacio

¹²⁹ Principalmente en imposición indirecta, aunque comienza a aparecer la idea de una armonización en la imposición directa, que finalmente girará hacia el ahorro, desembocando en la Directiva del Ahorro.

geográfico delimitado en torno a la amenaza sobre el empleo y el estado de bienestar, la OCDE lo toma en clave internacional en busca de jurisdicciones determinadas que no compiten justamente: paraísos fiscales y CFO.

1.3. TERCERA FASE: PRIMERA DÉCADA DEL SIGLO XXI Y EL NUEVO ENFOQUE TRAS LA CRISIS FINANCIERA DE 2008

Los principales hitos en políticas fiscales contra la evasión fiscal durante la primera década del siglo XXI fueron, por parte de la OCDE, la caída de su campaña de competencia fiscal dañina y el subsiguiente inicio de la campaña de AII. Por la parte de los EE.UU. destaca la decisión de retirar el apoyo a las políticas de competencia fiscal de la OCDE y centrar sus esfuerzos en el intercambio de información, firmando numerosos AII y estableciendo instrumentos de control a las instituciones financieras como la “*Qualified Intermediary*” (QI). Por último, en la UE vio la luz, tras varios años de negociaciones la Directiva del Ahorro, que se convertirá en el primer mecanismo de intercambio de información automático operativo.

En 2008 la crisis financiera y la llegada de Barack Obama¹³⁰ a la presidencia de los EE.UU. hicieron cambiar el sentido de la lucha contra la evasión fiscal. A esto se sumó la aparición de investigaciones judiciales sobre casos de evasión fiscal *offshore* (casos de UBS en Suiza y LGT en Liechtenstein) que ponían de manifiesto los excesos en las prácticas fiscales abusivas. Se pueden considerar estos casos de escandalosa evasión internacional como una perturbación externa que reforzó el cambio en las políticas fiscales de los EE.UU.

El cambio en las políticas de los EE.UU. fue seguido por un incremento en los discursos de lucha contra la evasión fiscal a nivel internacional, que se refleja en la declaración del G20 en la cumbre de Londres de abril del año 2009: “la era del secreto bancario ha terminado”. Desde entonces se percibe un apoyo de los países y organizaciones internacionales a las políticas e instrumentos limitadoras de la actividad *offshore*, lo que se puede considerar como un cambio en la tendencia de lucha contra la evasión fiscal internacional.

Pero los apoyos por parte de los países a las políticas e instrumentos de lucha contra la evasión fiscal no se pueden considerar simplemente consecuencia de un hecho

¹³⁰ Con la llegada del presidente demócrata, el gobierno limita la presión de los *think tanks* conservadores que condicionaron la política fiscal del anterior presidente.

exógeno que supuso una reacción en uno de los actores principales. Se deben analizar los cambios intrínsecos de las políticas e instrumentos sobre la identificación de los obstáculos que hicieron fallar el sistema fiscal internacional de lucha contra la evasión fiscal e identificar la evolución.

2. ANÁLISIS DE LAS POLÍTICAS E INSTRUMENTOS DE LUCHA CONTRA LA EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL EN EL PERIODO 1981 - 2008

Dentro de las políticas e instrumentos de lucha contra la evasión fiscal existen diferentes tipos en función de la naturaleza y origen de las mismas. Además existen una serie de principios generales de fiscalidad internacional,¹³¹ y unas normas básicas de lucha contra la evasión fiscal internacional, que son globalmente aceptadas y que en la práctica existen en la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

Estas normas básicas son principalmente aquellas definidas durante la primera etapa de lucha contra la evasión fiscal internacional y que funcionan internamente para evitar abusos por utilización de estructuras internacionales. Nos referimos principalmente a la transparencia fiscal internacional, el abuso de tratado, los precios de transferencia y la subcapitalización. También se podría considerar la inversión de la carga de la prueba por operaciones con paraísos fiscales. Los sistemas fiscales nacionales de los principales países han incorporado estas normas básicas a sus ordenamientos.

Aunque estas normas básicas pueden considerarse instrumentos de lucha contra la evasión fiscal, el funcionamiento interno del mecanismo en cuestión, su aceptación general y su implementación por parte de la mayoría de los países desde hace tiempo hace que las mismas queden fuera de este análisis, que se centrará en aquellas políticas e instrumentos de lucha contra la evasión fiscal que necesariamente requieren implementación de las mismas en otras jurisdicciones. Por ello analizamos aquí solo aquellas medidas que pueden considerarse auténticas políticas e instrumentos fiscales internacionales.

El análisis de las políticas e instrumentos de lucha contra la evasión fiscal internacional de 1981 a 2008 se va a realizar siguiendo el orden del epígrafe primero

¹³¹ Dentro de los principios generales encontramos, por ejemplo, el principio de jurisdicción o el de eliminación de la doble tributación, no directamente conectados con la evasión fiscal.

de este capítulo: políticas e instrumentos en: (i) los EE.UU.; (ii) la UE; y (iii) la OCDE.

El análisis se centra en las propuestas, los obstáculos y las consecuencias. Dentro de la propuesta analizamos la motivación y la naturaleza de la misma y la catalogamos dentro de los tipos de instrumentos definidos en el capítulo II. Los obstáculos son evaluados por las limitaciones de alcance e implementación, teniendo en cuenta aspectos jurídicos y socioeconómicos. Por último las consecuencias tratan de confluir en el cambio de etapa producido a través de esta narración de hechos, que trae causa del cambio en la estrategia de hacer políticas e instrumentos y que se verificará en el capítulo VI.

En la Tabla 5 mostramos las políticas e instrumentos desarrollados por los actores analizados y cuales han sido los factores por lo que tales medidas han fracasado. A continuación desarrollaremos las propuestas y analizaremos cuáles han sido los obstáculos y consecuencias producidas.

Tabla 5: Cuadro de factores de fracaso y efectos restrictivos

Medida	Factores de Fracaso	Efecto Restrictivo
<i>Caribbean Basin</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Limitación geográfica 	<ul style="list-style-type: none"> • Globalidad • Instituciones
<i>QI</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Solución privada 	<ul style="list-style-type: none"> • Soberanía • Instituciones
<i>Directiva Ahorro</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Limitación geográfica 	<ul style="list-style-type: none"> • Globalidad • Instituciones
<i>CAM</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Limitación geográfica • Negociación de estándares 	<ul style="list-style-type: none"> • Desigualdades • Globalidad
<i>Competencia Fiscal Dañina</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Negociación de estándares • Institución no representativa • Intrusión en jurisdicciones 	<ul style="list-style-type: none"> • Soberanía • Instituciones • Globalidad • Desigualdades
<i>AI</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Limitaciones y desequilibrio de negociación • Institución no representativa 	<ul style="list-style-type: none"> • Desigualdades • Instituciones

Fuente: Elaboración propia

2.1. POLÍTICAS E INSTRUMENTOS DE LOS EE.UU:

2.1.1. Propuestas

a) Caribbean Basin

Durante los años ochenta el dinero oculto en los paraísos fiscales y CFO fue una preocupación creciente tanto para el IRS como para el Departamento de Justicia. No solo existía preocupación por la posible pérdida de recaudación o las cantidades progresivamente incrementadas de dinero oculto fuera de los EE.UU. sino también comenzó a aparecer una preocupación por la posible procedencia ilegal de ese dinero.

El informe Gordon ya alertaba del crecimiento de los niveles de actividad financiera y la acumulación de fondos en los paraísos fiscales, haciendo referencia a que gran parte del dinero procedía de actividades ilegales, principalmente tráfico de drogas. Concluían que una gran cantidad de transacciones ilegales acababan en paraísos fiscales.

En 1982 el PSI (*United States Senate Permanent Subcommittee on Investigation*) comenzó a investigar un amplio número de actividades criminales conectadas con el uso de CFO, incluyendo tráfico de drogas, fraude con materias primas y planificación fiscal. El PSI, que terminó la investigación en 1985, presentó los problemas con paraísos fiscales y CFO así: (1) la explotación criminal de los paraísos fiscales y CFO se veía incrementada por el secreto y la intransigencia de los gobiernos para hacer frente al excesivo dinero sucio en sus sistemas bancarios; (2) han obstruido sistemáticamente las investigaciones de la justicia americana; (3) estos problemas han socavado la confianza en nuestro sistema de justicia criminal; y (4) ha impedido la recaudación de sustanciales cantidades de recursos por parte de Hacienda (Barrett, 1997).

En consecuencia el Departamento de Justicia y el IRS intentaron poner límites a estas operativas, bastante bien descritas en el informe Gordon. Consideraban el intercambio de información y el acceso a la información bancaria y fiscal de sus contribuyentes (personas físicas, empresas y en última instancia empresas extranjeras controladas) como aspectos cruciales en la lucha contra la evasión fiscal y las actividades ilegales.

Siendo uno de los destinos prioritarios para los evasores americanos las jurisdicciones del Caribe, la primera medida fue dirigida a estos territorios:¹³² La denominada “*Section 223 of the Caribbean Basin Economic Recovery Act of 1983*” era una norma dirigida a llegar a acuerdos de intercambio de información fiscal con los países caribeños a cambio de ciertos beneficios fiscales que favorecerían las economías de aquellos países.¹³³

Se trata de una norma interna que se concreta como instrumento unilateral de lucha contra la evasión fiscal de tipo pasivo-colaborativo tendente a favorecer una negociación bilateral mediante el reconocimiento de beneficios fiscales en los EE.UU. para las empresas que operen en los territorios de destino a los que se propone la medida. Los países caribeños que decidieran acogerse a los beneficios que la norma proponía tendrían que firmar un acuerdo de intercambio de información con los EE.UU. con amplias prerrogativas. Con esta medida los EE.UU. negocian acuerdos de intercambio de información a cambio de ayudas fiscales y financieras para los países del Caribe, sobre el convencimiento de que para estos países pesarán más los beneficios fiscales que los perjuicios derivados de la transparencia (Beard, 1986).

Es un intento de cooperación limitada geográficamente a países y territorios cercanos, en los que la negociación tiene mucho de diplomacia.

a) Qualified Intermediary (QI)

Antes de 2001, los EE.UU. no tenían establecido un sistema de información de cuentas en el extranjero (Harvey, 2011), esto es, antes de ese año las instituciones financieras extranjeras generalmente no recogían información fiscal de sus clientes

¹³² Aunque toman en consideración a muchos de los países o territorios en lo que denominan la cuenca del Caribe (Antigua y Barbuda, Aruba, Bahamas, Barbados, Belize, Bermuda, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, El Salvador, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, Montserrat, Antillas Holandesas, Saint Cristóbal y Nieves, Saint Lucia, San Vicente y las Granadinas, Trinidad y Tobago, y las Islas Vírgenes Británicas), las medidas están destinadas principalmente a cinco de ellos (Bahamas, Bermuda, Islas Caimán, Antillas Holandesas y Panamá) que consideran realizan las actividades propias de paraísos fiscales y son destino de fondos (legales e ilegales) que han evadido impuestos.

¹³³ Los EE.UU. darían beneficios fiscales a los países de la cuenca del Caribe de las siguientes formas: (1) permite la deducción para las empresas americanas por los gastos de convenciones y congresos realizados en esos países (muy importante para el sector turístico de esos países, una de las principales fuentes de su economía); (2) facilidades de financiación para lo que se utilizará como base Puerto Rico; (3) otros beneficios fiscales ligados a empresas exportadoras.

americanos ni la presentaban al IRS ni vigilaban los efectos fiscales sobre los mismos.¹³⁴

En 2001 el IRS implementa un sistema de identificación denominado intermediario cualificado (“*Qualified Intermediary*” o QI) con el que pretendía solucionar los problemas comentados. Las entidades financieras extranjeras se convertirían en intermediarios cualificados, pudiendo mediante la obtención de dicho estatus mantener oculta la información fiscal de sus clientes no estadounidenses siempre y cuando practicaran la retención correspondiente sobre rentas de fuente americana, a cambio de suministrar al IRS la información financiera de rentas de fuente americana obtenida por aquellos clientes que fueran contribuyentes estadounidenses. Las entidades financieras QI debían someterse a auditoría por el IRS o por auditor independiente para demostrar que los procesos eran realizados correctamente.

2.1.2. Obstáculos

El principal obstáculo del *Caribbean Basin* fue el pobre alcance de los incentivos fiscales ofrecidos en la negociación. Ninguno de los beneficios fiscales supondría una ayuda sustancial para los países de la cuenca del Caribe. Sin duda otros beneficios fiscales más amplios posiblemente tampoco habrían contrarrestado la actividad *offshore* que estaban desarrollando algunos de los territorios del Caribe.¹³⁵

Los países que no operaban como paraísos o CFO no tendrían problema en acceder a los beneficios a cambio de firmar acuerdos de intercambio de información. Así lo hicieron Barbados, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Grenada, Guyana, Honduras, Trinidad y Tobago, Jamaica y Santa Lucía (U.S. Department of Commerce, 2000), de los cuales solo Barbados asume todas las exigencias propuestas por los EE.UU. para intercambiar información.

Ninguno de los territorios que realmente preocupaban a los EE.UU. por su condición de paraíso fiscal o CFO (Bahamas, Bermuda, Islas Caimán, Antillas Holandesas y Panamá) entró dentro del acuerdo. El beneficio fiscal y financiero que obtendrían por

¹³⁴ En consecuencia, los dos mayores problemas eran, por un lado que los contribuyentes americanos podían invertir en productos financieros americanos desde una entidad financiera extranjera sin que el IRS pudiera requerir información fiscal a la entidad y que los agentes retenedores (bancos americanos) no obtenían suficiente información de las entidades financieras extranjeras para practicar las retenciones pertinentes en tanto estas eran las tenedoras del cliente y no querían entregar tal información a sus competidores americanos.

¹³⁵ Posiblemente los EE.UU. subestimaron el beneficio del *offshore* para aquellos países.

entrar en el acuerdo era inferior a la pérdida que sufrirían por el hecho de intercambiar información con los EE.UU.

La limitación a la medida fue puramente de negociación, esto es diplomática. Los EE.UU. no ofrecieron una contrapartida válida a los territorios.

Por su parte, los principales obstáculos de la QI fueron: (i) el ingreso de fuente extranjera no se comunicaba; (ii) no se requería informar del beneficiario efectivo; (iii) los QI representaban solo una parte de las cuentas mundiales; (iv) los QI eran principalmente bancos, dejando fuera otras entidades financieras; (v) las auditorías de la QI no eran auténticas auditorías, semejando más una revisión de los procedimientos en los que por ejemplo no se valoraban los contribuyentes americanos que no habían sido incluidos dentro del sistema por carencia de comunicación o porque habían interpuesto una persona jurídica (Harvey, 2011). En conclusión, el instrumento diseñado era laxo y el alcance estrecho posiblemente derivado de que la QI no era propiamente un instrumento para luchar contra la evasión fiscal sino más bien de control de la operativa financiera.

2.1.3. Consecuencias

La principal consecuencia derivada de *Caribbean Basin* es que la medida no tuvo la implementación requerida (solo Barbados firmó el acuerdo de intercambio en las condiciones propuestas por los EE.UU.). Las operaciones con paraísos fiscales siguieron creciendo durante los años ochenta y noventa. Los EE.UU. desde ese momento solo utilizarán la negociación con paraísos fiscales para firmar acuerdos de intercambio de información con el objetivo de obtener un marco legal sobre el que fomentar el efectivo intercambio de información en combinación con otros instrumentos, sin pretender que los acuerdos de intercambio de información funcionen por sí solos como instrumento limitador de la actividad *offshore*.

Además el ámbito de la medida era limitado geográficamente, un intento de controlar los peligros adyacentes, sin pretensión global. Se pretendía implementar la medida mediante acuerdos bilaterales, sin considerar una solución más amplia ni implicar a otros países u organismos internacionales.

QI por su parte se ideó como una solución privada al implicar un acuerdo entre el IRS y las entidades financieras, sin supervisión ni control gubernamental ni participación de otras administraciones tributarias u órganos internacionales. Esto provocó un

relajamiento de la medida que acabó siendo esquivada voluntariamente por las instituciones financieras.

No obstante el sistema QI fue percibido por los EE.UU. como una herramienta útil hasta 2008, momento en el que ciertos incidentes de evasión fiscal internacional demostraron que el sistema había sido burlado por los propios contribuyentes americanos con la colaboración de las entidades financieras QI, que permitían la elusión del control del IRS.¹³⁶ Esto desencadenó una posición más agresiva por parte de los EE.UU. en la lucha contra la evasión fiscal *offshore*. En consecuencia, el PSI recomendó fortalecer el intercambio de información sobre cuentas extranjeras mantenidas por ciudadanos norteamericanos (Levin & Coleman, 2008).

Los incentivos por acabar con la evasión fiscal *offshore*, la eficacia en la lucha judicial contra las instituciones financieras internacionales que promovían la evasión y el informe del PSI fueron los elementos fundamentales que inspiraron FATCA.

2.2. POLÍTICAS E INSTRUMENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA:

La UE siempre estuvo más interesada en objetivos de armonización fiscal que en los propios de la lucha contra los paraísos fiscales y CFO. Sin embargo, alguna de las medidas tomadas en consonancia con el primer objetivo resultan interesantes a la hora de analizar la evolución de la lucha contra los paraísos fiscales.

Durante la década de los ochenta, y como consecuencia de la llegada del mercado común y la eliminación de barreras entre Estados, la preocupación de la UE se centraba en limitar la competencia fiscal por las consecuencias derivadas sobre el empleo y el Estado de Bienestar.

¹³⁶ Sí funcionó el QI para contribuyentes no americanos a efectos de determinar su residencia, rendimiento y retención correspondiente. Sin embargo falló en aspectos como la información sobre productos no americanos, al no estar incluida en el ámbito de la obligación de información, lo que supuso que muchos contribuyentes americanos salieran de sus inversiones americanas para cambiarlas por inversiones en otros territorios. También falló la falta de exigencia de informar del beneficiario efectivo. Además, el QI estaba limitado en su alcance ya que (i) eran las propias entidades las que marcaban aquellas cuentas que formaban parte del QI, (ii) estaba dirigida principalmente a bancos dejando fuera fondos de inversión y otros tipos de entidades financieras y (iii) el sistema de auditoría era muy laxo, comprobando únicamente aquello que estaba considerado por la entidad dentro del QI y dejando fuera muchas planificaciones (sociedades pantalla o inversión en el extranjero) que suponían un elusión del intercambio de información que QI proponía.

2.2.1. Propuestas

La UE siempre tuvo el difícil objetivo de actuar como una única soberanía en materia fiscal con mismos o similares imposiciones para todos los contribuyentes de sus Estados miembros y más allá de sus propuestas para unificar bases imponibles, consideró la tributación del ahorro (en el país de residencia y mediante un sistema de intercambio de información) como la primera de sus prioridades.

Esa es la razón de que ya en los ochenta comenzaran las propuestas de una directiva de ahorro que incluyera el intercambio de información automático como piedra angular. Tras luchar contra territorios que tenían el secreto bancario como leyes domésticas y ceder parcialmente ante sistemas de retención anónima, finalmente la directiva del ahorro entró en vigor en 2006, muy limitada en su alcance, pero interesante en su funcionamiento.

La propuesta de UE que fragua en la Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses (Consejo UE, 2003) giraba en torno al intercambio de información, la tributación del ahorro y la implicación de entidades financieras y administraciones tributarias. Se trata de una medida multilateral, con efecto limitado, y de carácter pasivo-colaborativo, pero con naturaleza *hard law* por las especiales características de una organización supranacional como la UE.

2.2.2. Obstáculos

Del análisis de la Directiva del Ahorro el mayor obstáculo viene de las diferencias dentro de la propia Unión Europea. Mientras algunos países consideran las políticas contra la evasión fiscal fundamentales y apoyan las iniciativas de transparencia y lucha contra la competencia fiscal injusta (como es el caso de Alemania, Francia o España) otros países prefieren mantener su estatus de Estado privilegiado para la inversión extranjera con transparencia limitada y sistemas fiscales competitivos.

Entre los últimos se encuentran Luxemburgo, Austria o Bélgica que se negaron a aplicar el intercambio de información de la Directiva del Ahorro a cambio de un sistema de retención ciega.

El otro obstáculo, al igual que ocurrió con EE.UU. y su *Caribbean Basin*, es la limitación geográfica de las medidas, a lo que se suma la limitación objetiva al ser

objetivo de la Directiva del Ahorro solo un puñado de tipos de inversiones financieras.

Por otra parte Directiva del Ahorro se percibe más como una medida de armonización y lucha contra la competencia fiscal injusta dentro de Europa que como una medida de lucha contra la evasión fiscal internacional, puesto que evitarla, como veremos más adelante era sencillo.

Por último, la UE puede actuar como impulsor de políticas fiscales internacionales de lucha contra la evasión fiscal, y su colaboración con los EE.UU. puede resultar en notables sinergias,¹³⁷ sin embargo la UE precisa de una organización internacional con capacidad de inclusión global para poner en valor las políticas fiscales globales. Como veremos este rol será ejercido, con luces y sombras, por la OCDE.

2.2.3. Consecuencias

La experiencia, tras estos años de funcionamiento, nos dice que la Directiva tiene lagunas y su alcance es demasiado limitado (Hemmelgarn & Nicodème, 2009).¹³⁸ Pero por otro lado, la Directiva ha demostrado que un acuerdo multilateral de intercambio automático de información es posible.

2.3. POLÍTICAS E INSTRUMENTOS DE LA OCDE:

La OCDE es el auténtico aglutinador de políticas fiscales contra la evasión fiscal, además de promotor del régimen fiscal derivado de los convenios de doble imposición. Siguiendo la evolución dibujada por Eden y Kudrle (2005), dentro de las políticas e instrumentos contra la evasión fiscal internacional, la OCDE a finales de la década de 1990 tomó el relevo a los EE.UU. y la UE y a sus políticas e instrumentos de las décadas de 1980 y 1990 respectivamente.¹³⁹

No obstante, no se puede limitar la actuación de la OCDE a finales de los noventa, puesto que en 1987 ya se pueden encontrar informes de la OCDE en los que apuntaba la lucha contra la evasión fiscal, como por ejemplo *“International Tax Avoidance and Evasion: Four Related Studies”*. Más allá de este informe, una copia del informe

¹³⁷ Como de hecho ha sucedido con FATCA.

¹³⁸ *“Narrow in product, income and geographical scope and weak on concepts as paying agents or beneficial owner”*

¹³⁹ Consideran que la irrupción de la OCDE en la lucha contra la evasión fiscal no se produce hasta finales de los noventa porque durante el inicio de esa década y finales de la anterior la OCDE estuvo más centrada en desarrollar los principios de los precios de transferencia.

Gordon que se limita a analizar la situación sin apenas aplicación práctica por la vaguedad de sus recomendaciones, las políticas de la OCDE que proponemos en este punto serán: (i) la Convención en Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal (CAM), en su configuración original de 1988,¹⁴⁰ (ii) la campaña de competencia fiscal dañina (*Harmful Tax Competition*) de 1998 y (iii) la campaña de acuerdos de intercambio de información que comienza a partir de 2002, aunque en este último caso haremos un mayor desarrollo en el siguiente epígrafe.

2.3.1. Propuestas

a) Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal (CAM)

Aunque la CAM toma relevancia a partir de su enmienda de 2010, resulta interesante analizar su evolución desde su origen en 1986, ya que nos ayudará a definir mejor los cambios en las políticas fiscales internacionales, al ser la transformación de la CAM un ejemplo significativo. Efectivamente, el análisis comparado de la CAM original y la enmendada, a través de las modificaciones del instrumento, la superación de las limitaciones y la consecuente participación y colaboración ampliada formarán parte fundamental de la transformación de las instituciones y de la estrategia de las políticas e instrumentos para luchar contra la evasión fiscal internacional.

En consecuencia, se analiza en este capítulo la CAM original, dejando para el capítulo V el análisis de la CAM enmendada en 2010 como parte de la nueva realidad.

El 25 de enero de 1988 la CAM, conjuntamente patrocinada por la OCDE y el Consejo de Europa, vio la luz. Es un tratado multilateral que requiere a las partes dar asistencia en el intercambio de información, documental y para la recaudación de impuestos. Los EE.UU. participaron activamente en el desarrollo de la CAM y la apoyaron enérgicamente (Springer, 1988). También lo harían España, Noruega, Suecia, Finlandia y Dinamarca.¹⁴¹ Suiza, por su parte, se opuso y Reino Unido dijo que nunca firmaría la CAM.

¹⁴⁰ Aunque la CAM toma relevancia a partir de su enmienda de 2010, resulta interesante analizar su evolución desde el nacimiento, ya que nos ayudará a definir mejor los cambios en las políticas fiscales internacionales, al ser la transformación de la CAM un ejemplo significativo.

¹⁴¹ Estos últimos cuatro países desarrollarían su propio acuerdo multilateral de intercambio de información.

La entrada en vigor se produjo en 1995 y fue ratificada solo por un puñado de Estados.¹⁴² Aplica sobre impuestos directos e indirectos y establece procedimientos de intercambio de información novedosos como la auditoría simultánea de dos Estados parte sobre un contribuyente con especiales vínculos sobre ambos Estados. Establece también asistencia en recaudación y documentación.

b) Competencia Fiscal Dañina (Harmful Tax Competition)

A pesar del interés en el intercambio de información, la OCDE trabajaba en conceptos fiscales internacionales bastante más complejos. Alarmada por teorías económicas liberales que profetizaban desde los ochenta una pérdida de recaudación fiscal que vendría propiciada por las facilidades que la tecnología proveería para mover capital y alertados por algunos intentos exitosos de atracción de multinacionales (como el caso de Irlanda), los países ricos de la OCDE decidieron iniciar la campaña de prácticas fiscales dañinas, auspiciada desde la UE, para atajar el problema antes de tener que subir impuestos en previsión de los déficits fiscales que se aproximaban (Webb, 2011).

Buscaban localizar prácticas fiscales perniciosas llevadas a cabo por los países y/o territorios, denunciarlas y hacer uso de la presión internacional para que las jurisdicciones desistieran de realizar tales prácticas (el perfecto ejemplo de medidas dinámicas-intrusivas).

La campaña consistía en el análisis de las regulaciones y prácticas fiscales generadoras de la denominada competencia fiscal perniciosa al permitir a contribuyentes no residentes aprovechar beneficios del sistema para reducir o anular la tributación con el fin de atraer sus inversiones. Se elaboraron una serie de precisas recomendaciones de política fiscal, con una presión internacional añadida en caso de incumplimiento, lo que hacía que la medida pareciera buscar una especie de naturaleza *hard law*.¹⁴³ La campaña de la competencia fiscal dañina (*Harmful Tax Competition*) lanzada en 1998 contenía hasta 19 recomendaciones (OECD, 1998). Los factores a tener en cuenta para poder considerar que un país o territorio realiza prácticas fiscales dañinas era muy amplio y a veces complejo (sirva como ejemplo, la definición artificiosa de la base imponible o el fallo en la aplicación de los precios de

¹⁴² Dinamarca, Finlandia, Islandia, Holanda, Noruega, Polonia, Suecia y los EE.UU.

¹⁴³ Ver nota al pie 110. Podría considerarse como [O,P,d] según el sistema de determinación de *hard* y *soft law* de Abbott, Keohane, Moravcsik, Slaughter y Snidal.

transferencia), y en la práctica, algunos territorios que no pretendían ser paraísos fiscales y ni tan siquiera plantear una competencia fiscal agresiva, podían caer dentro de la consideración.¹⁴⁴

Cabe destacar de esta campaña de la OCDE que entre los factores se incluía la falta de transparencia e intercambio de información y entre las recomendaciones estaban el acceso a la información bancaria y el incremento del uso y de la eficiencia del intercambio de información.

Una vez se produjo el cambio de gobierno en los EE.UU., con la entrada de George W. Bush en la presidencia, estos retiraron su apoyo a la campaña y comenzó el declive de la misma. Aunque posiblemente nada justifica la retirada del apoyo de los EE.UU.,¹⁴⁵ hay que decir que la campaña de prácticas fiscales perniciosas era compleja e intrusiva y comprometía y exigía demasiado a los países. No obstante, fue un primer paso en la lucha contra la evasión fiscal internacional y un importante análisis de cómo funcionan las estructuras y políticas perniciosas.

c) Acuerdos de Intercambio de Información

Fue a partir de la retirada de apoyo a la campaña de competencia fiscal dañina por parte del gobierno de los EE.UU. en 2001 cuando la OCDE comienza a considerar un cambio en sus políticas de persecución de territorios y países promotores de la evasión fiscal, al considerar que los territorios no cooperadores se limitaban a aquellos no transparentes y/o que no intercambiaban información, dejando fuera los que disponían de una nula o baja tributación, por ser esta una cuestión que corresponde a la soberanía de cada Estado (Martín Morata, 2009).

Así, en 2002 se aprueba el Modelo de AII de la OCDE que fue consensuado con algunos de los paraísos fiscales más significativos. La firma de estos AII por los países y territorios señalados por la OCDE como no cooperadores podría cambiar el estatus de estos territorios quedando fuera de la categoría de territorios no colaboradores. En consecuencia, el AII se convirtió en el instrumento que formalmente resolvía el problema de la evasión fiscal internacional mediante una

¹⁴⁴ Sistemas territoriales, uso de vehículos fiscales (como REIT o SICAV), amplia red de convenios, etc. son factores para considerar las prácticas fiscales perniciosas que prácticamente cumplen la mayoría de los países desarrollados.

¹⁴⁵ Que fue negociado con los *lobbies* que apoyaron la llegada de los republicanos a la Casa Blanca y que demuestra que detrás de esta decisión solo existen intereses económicos de grandes corporaciones que se aprovechaban de estas prácticas fiscales perniciosas.

firma de un compromiso. El análisis del contenido del compromiso y el desarrollo de las negociaciones desvelará el fallo de la campaña, que podemos considerar de tipo bilateral y pasiva-colaborativa.

Fue revestido de trascendencia el llamamiento y la posterior campaña lanzada por la OCDE a raíz de la cumbre del G20 en Londres en abril 2009. En el llamamiento, la frase que quedó fue el “*the era of bank secrecy is over*” lanzado por los líderes de aquellos países. En cuanto a la campaña, esta consistió en forzar a los territorios *offshore* a firmar al menos 12 AII para dejar de ser considerados como no colaboradores. La era que comenzó fue la de los AII, los paraísos fiscales firmaron más de 300 AII entre la cumbre del G20 en abril de 2009 y finales de ese año.

Es razonable cuestionar la eficacia de los CDI y los AII en la lucha contra la evasión fiscal internacional: poco o nada se ha logrado con este recurso desde que existe. Al contrario, el incremento del uso de la ocultación *offshore* ha crecido a pesar de la existencia de CDI y AII, incluso habiéndose firmado un gran número de estos últimos por paraísos fiscales. La razón de su ineficacia puede deberse a la complejidad del sistema de intercambio de información bajo requerimiento (Johannessen & Zucman, 2012), como ejemplo, la *US Government Accountability Office* reveló que durante el período 2006-2010 hicieron únicamente 894 solicitudes de información sobre una red de más de 80 CDI. Este dato contrasta con la información revelada por una única entidad suiza al gobierno de los EE.UU. a raíz del escándalo de evasión fiscal de 2008, cuando declaró que más de 19.000 ciudadanos estadounidenses mantenían cuentas en su entidad no declaradas.

Sin duda es complicado luchar contra la evasión fiscal de este modo. Las solicitudes de información fiscal son complejas y los tratados no amparan ni las demandas especulativas de información (*fishing expedition*) ni los requerimientos sin una sospecha suficientemente fundada (la cual es difícil de argumentar si no se dispone de la información). La OCDE argumenta que una buena red de CDI y AII con cláusulas de intercambio de información bajo requerimiento es mejor que nada y que tiene una función desincentivadora de la evasión fiscal. Esta es la razón por la que desde 1990 han perseguido la extensión de la red de tratados y acuerdos, y a raíz de la crisis y de la cumbre del G20 en 2009 amenazaron a los territorios no colaboradores con sanciones económicas si no firmaban al menos 12 AII. El resultado fue un incremento extraordinario de las firmas de AII, muchos de ellos entre propios paraísos fiscales.

Sin embargo, estos acuerdos entre paraísos fiscales poco o nada ayudan en la lucha contra la evasión fiscal y la ocultación desde los países colaboradores.

Johannesen y Zucman (2012) consideran el efecto desincentivador de los CDI y AII a raíz de la masiva firma, sobre todo de estos últimos, como consecuencia de la cumbre del G20. La firma de AII por paraísos fiscales hacía caer el número de depósitos, sin embargo, estos se incrementaban en los paraísos fiscales que no firmaban acuerdos o que disponían de una mejor red de los mismos. En consecuencia, los evasores fiscales respondían a los acuerdos de intercambio de información deslocalizando sus inversiones financieras a otros paraísos fiscales. En ningún caso se produjo una repatriación de fondos.

2.3.2. Obstáculos

Los obstáculos a las políticas de la OCDE se deben a la parcialidad de sus propuestas, la falta de globalidad de su alcance y los errores de construcción de las mismas. Estos obstáculos se suman a la estratégicamente bien gestionada denuncia de agresión por parte de la OCDE a las soberanías legales de las jurisdicciones *offshore* y a la imposición de políticas económicas liberales.

En relación con la CAM, esta fue demasiado poco comprensiva, solo un puñado de países la diseñaron y quisieron, existiendo falta de consenso desde su nacimiento. Por su parte la campaña de competencia fiscal perniciosa fue en exceso intrusiva y agresora de la soberanía legal de las jurisdicciones, careciendo igualmente de consenso y errores en la formulación al buscar culpables y liberar de culpa a sus propios miembros, poniendo de manifiesto la desigualdad entre las jurisdicciones. En cuanto a los AII, ni el enfoque ni el instrumento eran los correctos para frenar el problema de evasión fiscal internacional.

Existen además otras consideraciones a tener en cuenta en los obstáculos que la OCDE encontró en la aplicación específica de la campaña de competencia fiscal dañina:

- Consideraciones de tipo político, reflejadas en las tendencias económico liberales y los grupos de presión conservadores en los EE.UU. que empujaron a los gobernantes americanos a complicar las políticas de lucha contra la evasión fiscal internacional agresivas que obligarían a las multinacionales a

cambiar sus estrategias y estructuras internacionales, penalizando sus beneficios.

La competencia fiscal internacional pone a los países en la tesitura de permitir a sus multinacionales localizar parte de sus bases impositivas en territorios de baja tributación para reforzar sus cuentas. Los EE.UU. no solo son conscientes de esta realidad sino algunas veces ha sido su mayor impulsor.¹⁴⁶ Con un sistema de renta mundial (de los pocos que quedan) que se torna perverso, apuesta por permitir a sus multinacionales el aplazamiento en la integración de los beneficios en la matriz, lo cual lleva a muchas a acumular beneficios no repartidos.¹⁴⁷ Distorsiones de este tipo hacen que la política fiscal estadounidense se mueva en una línea poco definida y cambiante según la fuerza gobernante y los apoyos de *lobbies*.

No cabe duda que un país como los Estados Unidos tiene el poder necesario para presionar a los paraísos fiscales y CFO a cambiar sus prácticas (Webb, 2011), sin embargo este poder no se utiliza de forma determinada. ¿Cuáles son las razones? Principalmente que en los Estados Unidos (y en el Reino Unido) se inventó el fenómeno de la elusión (y evasión) fiscal y existe toda una industria dedicada a crear las estructuras y muchas multinacionales plenamente inmersas en tales estructuras (Prem, 2008; Sikka & Willmott, 2013).

Tanto las multinacionales como las compañías de asesoramiento y las entidades financieras¹⁴⁸ implicadas en las estructuras (contribuyente, planificador y plataforma) han venido ejerciendo presión en los sucesivos gobiernos de los EE.UU. para evitar la caída de los paraísos fiscales y de las planificaciones fiscales internacionales apoyándose en teorías económicas desreguladoras, en la competencia internacional, la confrontación con las

¹⁴⁶ El propio informe Gordon ya pone de relieve la tesitura: “*Accordingly, our tax haven treaties probably do place United States businesses in a competitive position to attract foreign capital.*” Y reconoce el valor político de la toma de decisiones en una materia tan sensible como esta: “*Such a decision requires basic policy analysis and decisions which are beyond the scope of this report.*”

¹⁴⁷ Incluso optando algunas compañías por endeudarse para repartir beneficios antes que repatriar los mismos, como fue el conocido caso de Apple Inc.

¹⁴⁸ Muchos de los asesores fiscales internacionales e instituciones financieras que planifican estructuras de elusión fiscal internacional utilizando paraísos fiscales tuvieron mucho que ver en la creación de los mismos. Esos mismos asesores y entidades financieras, principalmente de países OCDE, están plenamente involucrados en el desarrollo de políticas económicas dentro de sus países y ejercen una importante influencia en la toma de decisiones.

políticas contraproducentes de carácter intervencionista de la OCDE y la UE y en la importancia de potenciar las cuentas de resultados de las multinacionales americanas por el bien de la economía del país.

Este fenómeno no solo se da en los EE.UU., pero sin duda ese país es más permeable a los grupos de poder. Además fundaciones y *think tanks* conservadores con mucho poder sobre el partido republicano, que representan al poder económico, pregonan bajadas de impuestos, obtención de beneficios empresariales y desregulación financiera y apoyan en la presión política sobre la conveniencia de utilización de territorios *offshore* potenciadores de la elusión fiscal. Tan importante es el efecto de estos lobbies en la materialización de políticas fiscales globales que el apoyo de los mismos en la campaña electoral de George W. Bush hizo cesar el apoyo del gobierno americano a la campaña de competencia fiscal dañina de la OCDE (Sharman, 2006b; Sullivan, 2007).

- Consideraciones de carácter jurídico, por el ataque a la soberanía fiscal de los territorios y países no cooperadores.

Siempre existirá un debate de fondo sobre la soberanía y la territorialidad en cualquier materia relacionada con la fiscalidad internacional. En este punto se analiza cómo esos argumentos han sido utilizados por las organizaciones defensoras de paraísos fiscales y CFO con el objetivo de frenar las políticas e instrumentos que golpean sus sistemas fiscales.

Sirva como ejemplo la oposición de los territorios denunciados en la campaña de competencia fiscal dañina. Diversos paraísos fiscales, en torno al grupo *International Trade and Investment Organization* (ITIO) lanzaron una contracampaña cargada de buenas razones, entre ellas:

- Que la campaña de competencia fiscal dañina había sido diseñada y lanzada sin la participación ni consulta a estos territorios: que pone de manifiesto la globalidad como uno de los elementos restrictivos en el desarrollo de políticas fiscales internacionales de lucha contra la evasión fiscal;
- Que a su vez suponía una imposición de políticas por países ricos que se limitaban a proteger sus intereses a cambio de atacar la soberanía

fiscal de otros y que las amenazas de sanciones se limitaban a los países no OCDE dejando sin sanción a los miembros: que pone de manifiesto la desigualdad como uno de los elementos restrictivos en el desarrollo de políticas fiscales internacionales de lucha contra la evasión fiscal;

- Que el plazo para acometer las recomendaciones era excesivamente corto o que territorios de los EE.UU. (poderoso miembro de la OCDE), como Colorado o Montana, habían aprobado normativas bancarias que violaban las exigencias de la campaña de la OCDE sin que esta hubiera hecho ni tan siquiera mención a tal hecho: que pone de manifiesto que las instituciones no se adaptan al formato requerido para una política global de lucha contra la evasión fiscal internacional.

Consideraban los territorios que las decisiones y recomendaciones de la campaña no habían sido realizadas en un foro global, ya que para que esto hubiera ocurrido tendrían que haber contado con todos los territorios soberanos (como lo son muchos de los paraísos fiscales) en igualdad de condiciones.

Al ataque a la soberanía se sumaron otras acusaciones de imperialismo, neocolonialismo, proteccionismo y discriminación.

En consecuencia, las políticas e instrumentos de la OCDE quedan limitados por el efecto restrictivo de la soberanía legal de las jurisdicciones, que se sienten agredidas por las recomendaciones agresivas de una institución en la que no se sienten representados, siendo precisamente la inadecuación de la institución otra de las limitaciones. Además el tratamiento desigual de las jurisdicciones y la falta de consenso global restringieron la aplicación efectiva de las políticas de la OCDE. Adicionalmente un elemento político, representado perfectamente en el cambio en la presidencia de los EE.UU. en 2001, limita la aplicación de las políticas de lucha contra el fenómeno *offshore*.

2.3.3. Consecuencias

En los 10 años comprendidos entre 1998 y 2008 la OCDE continuó luchando contra la evasión fiscal internacional elaborando listas de países y territorios que actuaban como paraísos fiscales. Avi-Yonah (2008) considera al respecto que la campaña de la

OCDE contra las prácticas fiscales perniciosas lanzada en 1998 no cayó en saco roto, y que algunas mejoras en los índices de recaudación de los impuestos directos en los años comprendidos entre 1998 y 2008, y sobre todo su comparación con países no OCDE, se deben a las políticas iniciadas por esta última.

No obstante, el factor más determinante comienza precisamente desde el fracaso de la campaña. Desde la caída en desgracia de la competencia fiscal dañina se produjo un cambio en la forma de hacer políticas por parte de la OCDE, en busca de mayor amplitud, globalidad y coordinación que resultará en una transformación de la organización y la consiguiente evolución en la forma de gestionar la fiscalidad internacional de lucha contra la evasión fiscal.

La línea de trabajo de la OCDE se sigue escribiendo a día de hoy mediante la campaña de las BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), que vuelve a la senda de las operaciones fraudulentas que implican cierta complejidad técnica, multilateral y de tipo dinámico-intrusivo.¹⁴⁹

Sin embargo existe una diferencia con respecto a la campaña de competencia fiscal dañina y esta radica en que la OCDE, aun lanzando y trabajando en la campaña BEPS, sigue completamente involucrada junto con la UE y los EE.UU. en convertir el intercambio automático de información en política fiscal global. De hecho, desde la OCDE se han diseñado unos estándares que pretenden ser globalmente aceptados y se han enmendado instituciones con amplia participación¹⁵⁰ que servirán de plataformas para buscar el éxito del intercambio de información internacional. Estas instituciones son el Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de Información¹⁵¹ y la Convención en Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, así como el Acuerdo Multilateral de Asistencia Administrativa en Materia Fiscal. En opinión de

¹⁴⁹ Aunque propiamente no es una campaña contra ciertos territorios sino contra prácticas que se realizan o pueden realizar en cualquier parte del mundo.

¹⁵⁰ Estos dos elementos, estándares básicos y foros amplios reflejan la reacción a las críticas de tratamiento desigual y de falta de globalidad. Se percibe el desarrollo de una línea de trabajo que pretende superar los efectos restrictivos de la Tabla 5: soberanía, globalidad, desigualdad e instituciones.

¹⁵¹ Constituido en 2000 bajo el nombre de *Global Forum on Taxation*, en aquella primera etapa contaba como miembros con los países OCDE más seis países normalmente calificados *offshore* (Bermuda, Islas Caimán, Chipre, Malta, Mauricio y San Marino) que habían asumido el compromiso político de incrementar la transparencia. Posteriormente cambió su nombre por el de *Global Forum on Transparency and Exchange of Information*, según palabras de la OCDE, para identificar más claramente su enfoque y así poder distinguirlo de otros foros en materia fiscal. Nosotros nos referimos a cualquiera de ellos, indistintamente, como Foro Global.

Avi-Yonah y Savir (2014) estas soluciones son superiores técnicamente a los Acuerdos Intergubernamentales estadounidenses y a los Acuerdos de Intercambio de Información de la OCDE y debería optarse por su aplicación de forma unánime.

Es decir, lanzada la campaña de intercambio de información, montadas las plataformas y diseñado el acuerdo que podría materializarlo, la OCDE lanza una nueva campaña para limitar las prácticas fiscales contraproducentes. Configura una medida de tipo dinámico-intrusivo sobre unas previas de tipo pasivo-colaborativo.

2.4. TRANSFORMACIÓN DE LA OCDE

El origen de la OCDE como agente de gobernanza fiscal internacional se remonta a los años 90, aunque será la evolución sufrida a raíz del fracaso de la campaña de competencia fiscal dañina la que impulse su liderazgo como principal foro internacional de lucha contra la evasión fiscal.

2.4.1. Orígenes de la OCDE como agente de gobernanza fiscal internacional

El informe Gordon de 1981 espoleó al resto de países y a finales de los ochenta la OCDE, como plaza principal de los países desarrollados en asuntos fiscales, hizo su primer acercamiento a la problemática de los paraísos fiscales y CFO mediante su informe *International Tax Avoidance and Evasion: Four Related Studies*. Ya se pone de relieve en aquel trabajo el corto alcance de la cláusula de intercambio de información del Modelo de Convenio y la necesidad de cooperar en materia fiscal y de intercambio de información.

Sin embargo la OCDE actuó entonces más como una empresa que busca el beneficio de sus accionistas que como una auténtica organización internacional respetuosa de las reglas de la gobernanza global y en línea con las redes de regulación internacional.

La OCDE había sido la organización precursora de la negociación bilateral a través del desarrollo del Modelo de Convenio de doble imposición. A partir de la década de los ochenta la OCDE comienza a definirse como la organización internacional que deberá generar la mayor cantidad de negociación y regulación en fiscalidad internacional. Esto fue así porque esta organización (i) disponía de la mayor experiencia en materia fiscal internacional derivada del desarrollo del sistema convencional existente, (ii) era la organización de los países desarrollados, precursores de las nuevas políticas de lucha contra la evasión fiscal, (iii) disponía de la estructura precisa para desarrollar el trabajo técnico preciso (CTPA) y la ejecución

de las decisiones (CFA) y (iv) gozaba del poder político necesario para alcanzar estos objetivos.

A partir de la década de los noventa, y tras la negativa del FMI de participar en la gobernanza fiscal internacional, la OCDE se convierte en el principal agente. No obstante desde la primigenia OCDE a la que encontramos ahora existen muchas diferencias derivadas de actuaciones, regulaciones, errores, correcciones y en definitiva cambios que exponemos a continuación.

2.4.2. El desacertado proceso de la campaña de competencia fiscal dañina

Ya hemos visto cuál ha sido el paradigma de la gobernanza internacional en materia fiscal y de evasión fiscal internacional durante el siglo XX. El bilateralismo, favorecedor de países poderosos, a través de las redes de convenios. Los países menos favorecidos en algunos casos tendieron a competir fiscalmente, ofreciendo tributaciones favorables a los contribuyentes de países más desarrollados económicamente.

Esta tendencia, no bien entendida por alguno de los países desarrollados e incluso directamente fomentada en algunos casos, llevó a una situación de deslocalización de riqueza e inversiones y pérdida de ingresos tributarios tan elevada que los países desarrollados decidieron combatir inicialmente a través de la organización internacional de los países ricos, la OCDE, elaborando una serie de recomendaciones sobre prácticas fiscales e intentando imponer las mismas por la vía de la presión internacional, la vigilancia multilateral y la revisión entre pares. La OCDE intentó “regular las regulaciones” de los países y territorios que realizaban aquellas prácticas perniciosas. Las recomendaciones (así se llamaron en el informe) pretendían convertirse en *hard law* por efecto de la precisión de las mismas y la amenaza de cumplimiento bajo presión. Volviendo al método de valoración de Abbott y Snidal¹⁵² podríamos decir que habían creado un instrumento con P mayúscula en precisión y O (casi) mayúscula en obligación.

Además la OCDE no hizo partícipes ni dio trato igualitario a países no miembros. Tampoco trabajó en el diseño de estándares o reglas mínimas que pudieran ser aceptadas y aplicadas por todos los países y territorios. La ventaja de la simplicidad de negociación que otorga el *soft law* lo llevó al extremo de no negociar, imponiendo

¹⁵² Ver nota al pie 110.

su regulación bajo el seudónimo de recomendaciones: no consideró la cooperación previa como necesaria para la imposición de sus medidas.

En la década de los noventa, con la llegada al gobierno de Clinton en EE.UU. (1993) y de Blair en Reino Unido (1997) la lucha contra el fraude, la evasión y la elusión fiscal internacional se convierte en objetivo político prioritario. Aquí es donde comienza la andadura de la OCDE en su campaña de prácticas fiscales nocivas.

El CPAT de la OCDE comenzaría en 1994 su trabajo sobre el análisis de las prácticas fiscales nocivas aunque los órganos políticos de la OCDE no apoyaron los estudios derivados de este trabajo.¹⁵³ La fórmula que el CPAT siguió entonces para conseguir lanzar oficialmente la campaña de prácticas fiscales nocivas fue conseguir primero el apoyo político y luego el consenso técnico, sin tener en cuenta las reglas básicas de la gobernanza global, como el consenso multilateral y la cooperación, mucho menos los requisitos básicos para elaborar regulación internacional a través de un instrumento de *soft law*. En conclusión, fueron unas recomendaciones y estándares elaborados por un grupo de burócratas con un alto grado de profesionalización pero sin respeto por las reglas básicas de regulación internacional.

En el proceso, el CPAT buscó el apoyo del G7,¹⁵⁴ que con los nuevos gobiernos de dos de las potencias más simbólicas como EE.UU. y Reino Unido a la cabeza dieron su apoyo a la campaña.

En declaraciones del personal de la OCDE, las negociaciones técnicas en el seno de la OCDE fueron complicadas, ya que muchos de los delegados consideraba que el trabajo excedía las competencias de la OCDE (Morriss & Moberg, 2012). En cierto sentido, no les faltaba razón.

Finalmente, a instancia del G7 y de la propia Unión Europea,¹⁵⁵ la OCDE lanzó la campaña. El documento, *Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue*, fue el reflejo de los trabajos de equipos altamente profesionalizados y conocedores de la

¹⁵³ El Consejo de Ministros de la OCDE no apoyó el informe y el CAF solo consideró circular ampliamente los trabajos entre las administraciones y organizaciones sin llegar a realizar una publicación de los trabajos.

¹⁵⁴ De nuevo aparece la fórmula del club de ricos.

¹⁵⁵ Entonces muy preocupada por las medidas fiscales tomadas por Irlanda que la convertían en un centro financiero con bajadas de tipos al estilo *ring fenced* de las peores prácticas fiscales.

materia que supieron maniobrar políticamente evitando el consenso y la cooperación con otros departamentos¹⁵⁶ y la participación de otras jurisdicciones en la elaboración.

De acuerdo con Morriss y Moberg (2012), por un lado el informe intentó definir el problema de la competencia fiscal perniciosa en la forma beneficiosa para las grandes economías¹⁵⁷ y por otro lado se desmarcaba de las prácticas utilizadas hasta entonces que consistían en articular los problemas y buscar y recomendar soluciones generales y en este caso apostaba por un esfuerzo activo y coordinado (entre unos pocos países) de contrarrestar la evasión y elusión fiscal e influir en los Estados (sobre los considerados perniciosos) para poner fin a las prácticas fiscales que promovían la competencia fiscal perjudicial.

Prácticamente todos los países no miembros de la OCDE así como la mayoría de la doctrina coincidieron en el cariz tendencioso del informe y la injerencia no justificada del mismo.

No existiendo un concepto de competencia fiscal perniciosa, un grupo de expertos lo fabricó. No existiendo unos estándares consensuados y negociados globalmente los elaboraron por extracción de los comportamientos no deseados de los territorios de baja tributación. Con aquel concepto y estos estándares trataban de deslegitimar a los territorios que consideraban perjudiciales.

La OCDE tampoco diseñó la creación de alguna organización multilateral vigilante, por un lado del cumplimiento de los estándares, pero sobre todo receptor de las quejas, solicitudes de asistencia y dialogo con los diferentes países.

Además, muchos de los Estados y territorios que formaban parte de la OCDE realizaban prácticas que podían enmarcarse dentro del concepto de competencia fiscal perniciosa y de ninguna manera cumplían los estándares.¹⁵⁸

En resumen, podemos concluir que la campaña de las prácticas fiscales dañinas incumplió las reglas de regulación transnacional por la falta de globalidad, consenso y

¹⁵⁶ El CPAT supo quitarse de la negociación al Comité Consultivo Empresarial e Industrial de la OCDE y evitar así su punto de vista sobre la diversidad entre sistemas y economías que chocaba con la búsqueda de armonización y los mandatos y políticas inequívocas en la lucha contra las prácticas fiscales perniciosas.

¹⁵⁷ A pesar de no existir una definición sobre el concepto globalmente aceptada, la OCDE se encargaría de buscar un consenso que reforzara esta definición.

¹⁵⁸ Téngase en cuenta Suiza, territorios dentro de Estados Unidos como Delaware o Nevada o Reino Unido y sus dependencias *offshore*.

puesta en funcionamiento de las medidas, pero también con el patrón básico de elaboración de instrumentos *soft law*, eludiendo la negociación con las jurisdicciones afectadas e imponiendo (antes que recomendando) cambios regulatorios precisos de los sistemas fiscales sin tomar en consideración la opinión (incluso sin pulsar las capacidades de adaptación) de algunas jurisdicciones y con una pretendida obligatoriedad por efecto de la presión internacional y la amenaza de sanciones económicas.

2.4.3. El hundimiento por la retórica y la evolución positiva

De la campaña de competencia fiscal dañina Sharman (2006a) vendría a decir que se intentaron imponer estándares que no eran ni universalmente aceptados ni tampoco cumplidos por los propios miembros

El hundimiento de la campaña de competencia fiscal dañina se puede fijar en la retirada de apoyo de los EE.UU. en 2001.¹⁵⁹ Las razones por las que falla la campaña ya han sido comentadas anteriormente, pero interesa en este epígrafe y antes de analizar FATCA y las políticas e instrumentos posteriores que confirmarían la evolución de la OCDE, estudiar el proceso de cambio en el entendimiento de su rol como actor principal del sistema fiscal internacional¹⁶⁰ y en el enfoque de sus relaciones con los países, principalmente los no miembros.

Vamos a utilizar una visión sobre la batalla por los principios que fueron utilizados por la OCDE en la campaña de competencia fiscal dañina y cómo la respuesta sobre estos principios fue en detrimento de la propia OCDE, iniciando a nuestro juicio el

¹⁵⁹ De la declaración de Bill Clinton de apoyo a la campaña de competencia fiscal dañina: *“The identification of tax havens and potentially harmful tax regimes is a crucial step in preventing distortions that could undermine the benefits of enhanced capital mobility in today’s global economy...We encourage all countries to follow the example set by the OECD member countries...that have committed to eliminate harmful tax practices”* se pasa a la del Secretario del Tesoro de George W. Bush, Paul O’Neill en Julio de 2001: *“The 1998 OECD Report, and a follow-up report issued in June 2000, contained rhetoric that implicated fundamental internal tax policy decisions of countries within and outside the OECD, including decisions regarding tax rates. The Reports enumerated the harms potentially caused by “tax havens or harmful preferential regimes that drive the effective tax rate levied on income from the mobile activities significantly below rates in other countries.” Tax systems that “redirect capital and financial flows and the corresponding revenue from” other countries were condemned as “poaching” the rightful tax base of the other countries, even though such systems provide a more attractive investment climate without facilitating noncompliance with the tax laws of any other country”* y que estaba preocupado *“by the notion that any country, or group of countries, should interfere in any other country’s decisions about how to structure its own tax system”*. A resultados de estas declaraciones el gobierno de los EE.UU. retiró el apoyo a la OCDE en la campaña y centró sus intereses en el intercambio de información.

¹⁶⁰ Como organización internacional con características de institución global para resolver problemas mediante la creación de una red de regulación internacional.

cambio institucional necesario para poder liderar la nueva etapa del sistema fiscal internacional de lucha contra la evasión fiscal.

Según Sharman, la OCDE se sirvió de la retórica para hacer la campaña de competencia fiscal dañina.¹⁶¹ Esta estrategia se valía de la apelación a principios y normas ampliamente aceptados sobre los cuales el debate con los territorios señalados sería subsecuentemente desarrollado. Pretendía con esta retórica, por una parte, que las jurisdicciones acusadas de competencia fiscal dañina enmendaran su comportamiento (una especie de respuesta directa a sus peticiones argumentadas) y sobre todo obtener el apoyo de terceras partes espectadores del debate como los países, las organizaciones intergubernamentales y otros actores (añadiendo así la presión internacional a la campaña).

Establecía pues su propuesta en cuatro principios: cumplimiento de la ley, soberanía, consistencia e igualdad en el argumento.

El primer principio, cumplimiento de la ley, lo basaba en la acusación a las jurisdicciones identificadas como promotoras de la competencia fiscal dañina de ser cazadores furtivos (“*tax poachers*” en inglés) y los asociaba a las actividades de evasión fiscal, pero también al lavado de dinero y financiación del terrorismo, actividades todas ellas ilícitas, que en cumplimiento de la ley, debían ser erradicadas.

El segundo principio, soberanía, lo sostenía sobre la narrativa de que los paraísos fiscales son generadores de competencia fiscal lo que lleva a los países a iniciar las bajadas de impuestos (*race to the bottom*) socavando la soberanía fiscal de los Estados.

En relación con la consistencia, argumentaba la OCDE que su hostilidad frente a la competencia fiscal dañina no le restaba su firme apoyo a la competencia global ni entraba en conflicto con su misión de apoyo al desarrollo y la cooperación.

Por último, la igualdad de argumento la justificaba considerándose a sí misma como la interlocutora ideal entregada a la discusión razonada, al diálogo y receptora, a la vez, de puntos de vista alternativos.

¹⁶¹ Siendo la OCDE una organización fundada sobre las bases de la tecnocracia y la experiencia que busca la influencia sobre los miembros y no miembros por el diálogo razonado, entendió que lo más conveniente era seguir un método de discusión y persuasión, poniendo unos principios en juego que podrían ser discutidos, incluso por los más débiles.

Sin embargo, estos principios fueron inmediatamente respondidos por las jurisdicciones atacadas, considerando conforme a la primera acusación (cumplimiento de la ley) que su comportamiento era legítimo en la lucha contra los crímenes señalados. En relación con el segundo de los principios (soberanía) que era la OCDE la que violaba la soberanía de estas jurisdicciones al intentar imponerles la asunción de leyes fiscales. Acusaron a la OCDE de hipocresía porque algunos de sus Estados miembros desarrollaban las mismas prácticas que exigían erradicar (consistencia). Por último, alegaron que la OCDE violaba las normas básicas del debate entre iguales al tratar de imponer la agenda unilateralmente (*equality in argument*).

Las jurisdicciones acusadas utilizaron pues los mismos principios usados por la OCDE para llevar la campaña, volviéndolos contra la organización y acusándola de utilizar principios que ellos mismos no cumplían. La retórica de la que se valía la OCDE significaba poner en juego unos principios, pero incluso los principios de los más poderosos pueden ser usados por los más débiles para sus propios fines subversivos.

En resumen, los paraísos fiscales y CFO se hicieron fuertes a través de la *Commonwealth Secretariat*, la organización internacional que representa el mayor número de CFO, mostraron su oposición considerando la campaña como una forma de intimidación, carente de representatividad y cuyas formas de intentar imponer políticas fiscales a pequeñas jurisdicciones eran propias de épocas imperialistas, suponiendo un ataque a la soberanía de estos territorios. En palabras del Secretario General de la Commonwealth, Don McKinnon, la OCDE era fiscal, juez, jurado y carcelero (Van Fossen, 2003). Lo anterior dejó a la OCDE en una situación comprometida que la obligaba a transformar sus procedimientos y comportamientos.

En 2002 la OCDE no solo había fallado en convencer a los paraísos fiscales de lo equivocado de sus comportamientos fiscales sino que había fallado también en convencer a los sectores clave de la audiencia internacional. Además en el proceso había sufrido deserciones. En ese año la OCDE abandonó los principales objetivos de la campaña de competencia fiscal dañina y (más importante) los métodos que marcaron la campaña desviándose de su práctica tradicional.

Este cambio en la OCDE a partir del fallo de la campaña de competencia fiscal dañina será una parte fundamental en la creación del nuevo sistema fiscal de lucha contra la

evasión fiscal internacional. Es imposible valorar el impacto que FATCA habría tenido sobre el resto de actores si no se hubiera producido un cambio en la OCDE, pero podemos aventurarnos a predecir que la evolución en la organización internacional desde el año 2000 es una de las claves en el cambio del sistema fiscal internacional de lucha contra la evasión fiscal y que FATCA no habría tenido ni la trascendencia ni la influencia sobre el resto de actores de no haberse producido esta evolución en la OCDE.

Efectivamente, ya desde 2000 la OCDE pareció aceptar alguno de los argumentos en contra de su proyecto contra la competencia fiscal dañina. En el informe de ese año “Hacia una cooperación fiscal global” decía que el proyecto de competencia fiscal dañina no está ante todo destinado a recaudar impuestos y tampoco intentaba promover ni dentro de la OCDE ni fuera de ella la armonización de los sistemas fiscales en imposiciones de renta o estructuras fiscales ni dictar a ningún país cual es el nivel apropiado de impuestos que debe tener (OECD, 2000).

No cabe duda de que la declaración de la OCDE es contradictoria con la razón de ser de la campaña: la campaña está claramente destinada a recaudar impuestos donde no hay armonización, asegurar que los impuestos no son la razón de deslocalizar los beneficios y la efectiva implementación del proyecto hará necesariamente a los paraísos fiscales y CFO cambiar sus sistemas fiscales (Gordon, 2010). Como dice el autor, uno casi puede tener pena de la OCDE: explican la razón ideológica de por qué no hay estándares generalmente aceptados y entonces pretenden tener uno que funciona.

Los cuatro factores principales¹⁶² que habían sido consagrados en el informe de competencia fiscal dañina (OECD, 1998) se mantenían en el informe de 2000 y se pedía a las jurisdicciones señaladas (ahora sí listadas) realizar un compromiso público de enmienda sobre la base de estos factores para el final de 2005 y abandonar así la lista de jurisdicciones no cooperativas. La OCDE, aunque atemperaba sus formas y buscaba formulas menos agresivas de hacer entender su idea de la competencia fiscal dañina, no cambiaba el sentido de la campaña en esta primera fase.

¹⁶² 1. Nula o baja tributación; 2. “*Ring Fencing*”; 3. Falta de transparencia y; 4. Falta de intercambio de información.

De hecho, en una segunda fase tras la aplicación de la campaña de competencia fiscal dañina, la OCDE fue más agresiva en la aplicación. El siguiente informe tras el de 2000 fue lanzado en 2002 y se llamaba “El proyecto de competencia fiscal dañina de la OCDE: informe de progreso en 2001” y en él la OCDE hacía uso de las medidas defensivas (“*defensive measures*”) que habían sido expuestas en el informe de 1998. En este informe de 2002 recomendaba a los Estados miembros, para mitigar el efecto de las prácticas dañinas, aplicar coordinadamente las medidas defensivas contra las jurisdicciones señaladas (OECD, 2002). Lo propuesto por la OCDE con esta estrategia es que los Estados unilateralmente introdujeran en sus normativas internas legislaciones que por una parte, complicaran la actividad de los paraísos fiscales y CFO (si las medidas eran tomadas por todos los países coordinadamente) y por otro incrementar la recaudación propia sobre sus propios contribuyentes.

Es importante destacar esta estrategia de la OCDE donde llamaba a los países a utilizar medidas unilaterales agresivas de lucha contra la evasión fiscal internacional en el ejercicio de propia soberanía doméstica. Muchas de estas medidas defensivas estaban en línea con las comentadas normas ampliamente aceptadas (precios de transferencia o transparencia fiscal internacional), pero se promocionaba su efecto nocivo sobre los paraísos fiscales y CFO al plantear su aplicación más agresiva y dirigirlas contra los territorios señalados.

Resulta importante también destacar como la OCDE fue inmediatamente recriminada desde las plataformas de defensa de los paraísos fiscales, acusando a la organización de no ser propiamente un foro representativo.¹⁶³ No observamos una reacción parecida ante las políticas e instrumentos que están siendo diseñados por los actores en la nueva etapa que analizaremos en este capítulo.

Posiblemente el cambio operado en la OCDE a partir de este punto, modificando sus métodos y el alcance de sus propuestas puede influir en la rebaja del nivel de agresividad de los contraataques de paraísos fiscales y CFO ante las nuevas políticas e instrumentos diseñados para luchar contra la evasión fiscal internacional.

Efectivamente, a partir del año 2002 la OCDE cambia su forma de operar, en palabras de Gordon (2010), la OCDE dio pasos para hacer el proceso más inclusivo y menos

¹⁶³ Además de otras críticas como practicar imperialismo económico con los países más débiles o que las medidas defensivas eran realmente sanciones coercitivas en una ilegítima aplicación del poder de los ricos y poderosos sobre los pequeños y débiles.

enfrentado. Por un lado comenzaron a mantener reuniones con los representantes de la lista de países con el fin último de llegar a acuerdos. Por otro, desarrollaron instrumentos e instituciones que harían el proceso de negociación con paraísos y CFO más admisible.

El primero de estos instrumentos fue el modelo de AII.¹⁶⁴ El segundo, relacionado con el primero y en línea con la nueva actitud inclusiva de la OCDE, fue la creación del Foro Global sobre Imposición (“*Global Forum on Taxation*”), como institución de trabajo multilateral de países miembros y no miembros de la OCDE.¹⁶⁵

Ambas iniciativas están relacionadas y muestran el interés de la OCDE de incluir una estrategia de cambio en sus métodos de trabajo.

En el grupo de trabajo sobre intercambio efectivo de información en el seno del Foro Global, en el que participaban junto con los Estados miembros otras jurisdicciones a las que se les denominó cooperativas (Aruba, Bermudas, Bahrein, Islas Caimán, Chipre, Isla de Man, Islas Mauricio, Antillas Holandesas, Seychelles y San Marino) se comenzó a trabajar en el desarrollo de un modelo de intercambio de información que facilitara a las jurisdicciones señaladas como no cooperadoras a disponer de un mecanismo de intercambio de información con estándares aceptables que les permitirá firmar el compromiso y poder así abandonar las listas negras en las que habían sido incluidos.¹⁶⁶

La importancia de este cambio radica en que la OCDE se abría a una colaboración más global, considerando la opinión y el trabajo en equipo con los países contra los que había lanzado la campaña de competencia fiscal nociva. Además, tras esta colaboración para el desarrollo del modelo de AII, el Foro Global volvió a reunirse en 2003 en Canadá con 40 representantes de países OCDE y no OCDE, entre estos muchos CFO concluyendo con un compromiso sobre los principios de transparencia e intercambio efectivo de información en materia fiscal (OECD Global Forum, 2003).

¹⁶⁴ Lanza en el año 2002 la campaña de los AII con la que pretendía atacar el talón de Aquiles de los paraísos fiscales (Palan & Wigan, 2014), poniendo el foco no en las exigencias de modificación sustantiva de las políticas fiscales de estos territorios, tal como se pretendió con la campaña de 1998, sino en la ilegitimidad del secreto y la opacidad que ofertaban aquellos territorios.

¹⁶⁵ Más adelante renombrado como Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información a efectos fiscales. Ver nota al pie 151.

¹⁶⁶ Y en consecuencia evitar las medidas defensivas de los Estados miembros de la OCDE.

En 2004 el Foro Global volvió a reunirse en Berlín. Nacen aquí los compromisos de evaluación de las practicas de intercambio de información y de transparencia, en las que se incluirían a los Estados miembros de la OCDE, equiparando a todos los países participantes en el Foro. Además hacen un llamamiento a que el trabajo del Foro Global en la identificación y revisión de CFO debería ser un proceso dinámico y que los países considerados CFO deberían ser invitados a participar en el Foro Global.¹⁶⁷ Incluso se incluía una cláusula de resolución negociada de conflictos mediante comités creados al efecto.

De la denuncia de practicas tasadas de competencia fiscal dañina, la imposición de unas recomendaciones de medidas defensivas con visos de sanciones coercitivas y la imputación mediante argumentación de principios de comportamientos ilegítimos se había pasado a la creación de foros que incluían a las jurisdicciones señaladas en los que se cooperaba con ellas en el desarrollo de instrumentos jurídicos que marcarán el desarrollo de las políticas de evasión fiscal internacional a nivel global y se les hacía partícipes de los procedimientos de evaluación y control de las prácticas desarrolladas por todos los países (incluidos los miembros de la OCDE).

Se había producido una reforma no solo en los métodos sino en la propia estructura de la OCDE que había desarrollado una sub-organización en la materia, en lo que se observaba como un proceso de cambio hacia una organización multilateral más participativa, más global, que pudiera estar en la línea de aquellas instituciones multilaterales capaces generar estándares y recomendaciones (*soft law*) globalmente aceptados. Centrarse en el intercambio de información, como un principio que podía ser aceptado por los CFO, huyendo de las catalogaciones a través de *key factors* y las recomendaciones de medidas unilaterales defensivas, podría llevarle a establecer unos estándares globalmente aceptados que sería un paso fundamental para hacer valer su carácter de organización ampliamente aceptado en el dictado de políticas e instrumentos de lucha contra la evasión fiscal internacional.

El incremento de jurisdicciones participantes fue dándose poco a poco y la cooperación y colaboración se mantenía, pero los intereses de los países miembros de

¹⁶⁷ Identifica como CFO que deberían ser incluidos en el proceso los siguientes: Andorra, Barbados, Brunei, Costa Rica, Dubái, Guatemala, Hong Kong-China, Liberia, Liechtenstein, Macao-China, Malaysia (Labuan), Islas Marshall, Mónaco, Filipinas, Singapur y Uruguay. Actualmente el Foro Global cuenta con 127 participantes, estando incluidos todos los CFO invitados en 2004 a excepción de Dubai.

la OCDE de limitar la evasión fiscal internacional no se había producido. Existían más acuerdos de intercambio de información con más paraísos fiscales y CFO, pero las prácticas fiscales evasivas no eran limitadas porque un contribuyente de uno de estos países podía todavía abrir una cuenta en uno de estos territorios y solo si el país de residencia sospecha de que el contribuyente estaba llevando a efecto evasión fiscal las autoridades fiscales podían requerir información a las autoridades fiscales del paraíso fiscal o CFO, las cuales podrían considerarla o no considerarla, en caso de hacerla, muchas veces las autoridades fiscales de aquel país no sabían qué información requerir. La evasión fiscal internacional no había sido constreñida y el intercambio bajo requerimiento, aunque mejor diseñado, seguía siendo insuficiente.

Por otra parte los paraísos fiscales habían reducido tanto los estándares que en realidad no se comprometían a nada (Sharman, 2006a). El intercambio de información bajo requerimiento no era una solución. Sin embargo los paraísos fiscales y CFO, conforme a las entrevistas realizadas por Gordon (2010) a los miembros del FMI, tampoco estaban satisfechos por las presiones que recibían para aceptar cargas que no querían soportar y gastar dinero en implementar sistemas fiscales en los que no creían en beneficio de los países ricos.

La OCDE, sin embargo, había transformado la organización que ahora, a través de las nuevas instituciones, ampliaba la participación. Además había trabajado en unos estándares que podían ser aceptados más fácilmente por los países no miembros y los había plasmado en un conjunto regulaciones bilaterales y multilaterales de intercambio de información con gran alcance. FATCA y su extensión tendrá sentido dentro de este nuevo contexto.

2.5. RESULTADO: UNA CAMPAÑA GLOBAL POR LA LUCHA CONTRA LA EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL

Efectivamente fue a partir de la crisis financiera de 2008¹⁶⁸ cuando la sociedad y los gobiernos volvieron los ojos definitivamente hacia los territorios y prácticas evasoras y comenzaron una lucha contra estos y las consecuencias negativas que producían.

¹⁶⁸ Otros hechos financieros, relacionados con la crisis, pero con entidad propia, como pudo ser la quiebra del gigante Lehman Brothers o escándalos en el sector financiero como Madoff mostraron el uso y abuso de los paraísos fiscales para ocultar operaciones financieras y posiblemente tributación. Tales hechos espolearon sin duda, sobre todo a la sociedad civil, a movilizarse contra la estructura de paraísos fiscales global y empujaron a gobiernos.

Plataformas como Tax Justice Network o ATTAC y todas las plataformas asociadas¹⁶⁹ constituidas por expertos críticos con el fenómeno de la evasión *offshore* han ayudado a estudiar el fenómeno y a espolear la lucha contra la ocultación y la evasión fiscal. El papel de las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) es fundamental en el proceso de cambio que trajo la globalización como elemento antitético de los Estados y paradigma de la pluralización (Keohane & Nye, 2001). Su trabajo es fundamental en el desarrollo de las nuevas políticas y una de las fuentes para estudiar el fenómeno.

En el proceso de cambio, en esta campaña global de lucha contra la evasión fiscal juega un papel fundamental la información, no solo como comunicación de datos de carácter antievasivo o desincentivador entre administraciones tributarias, sino como arma de denuncia de las organizaciones (y subsidiariamente herramienta de recaudación de las administraciones tributarias). Esta “otra información” se concreta en una labor de investigación, conocimiento, documentación y revelación de información de actividades *offshore*.

ICIJ ha desempeñado el papel fundamental en el desarrollo de esta especie de intercambio de información “fuera del canal oficial”, propiciando: (i) un mayor conocimiento global del universo *offshore*; (ii) una denuncia explícita de contribuyentes que hacen uso de estas plataformas; (iii) información mercantil y fiscal que puede ser usada por las administraciones tributarias para descubrir evasión fiscal; y finalmente (iv) una mayor conciencia global de lucha contra la evasión fiscal *offshore* en la que descansa la campaña global por la lucha contra la evasión fiscal internacional.

Por su parte, los gobiernos de los países desarrollados (y la OCDE y cumbres Gs, como foros de reunión de todos ellos) han decidido iniciar una campaña de lucha contra los paraísos fiscales y las prácticas fiscales evasivas y a favor de la transparencia financiera y fiscal.

Resulta interesante ver como históricamente todas las medidas tomadas en la lucha contra los paraísos fiscales y la evasión *offshore* fueron medidas unilaterales y con

¹⁶⁹ Actionaid, Association for Accountancy and Business Affairs (AABA), Bretton Woods Project, Christian Aid, Eurodad, Financial Transparency Coalition (FTC), Finance Watch, Global Witness, Oxfam, Make Finance Work o La Europa Opaca de las Finanzas en clave nacional.

poco éxito o multilaterales desacreditadas por su intrusismo o falta de consenso y globalidad careciendo todas ellas de continuidad en el tiempo.

Los Estados Unidos han sido el paradigma de la unilateralidad en la lucha contra la evasión fiscal internacional. Desde la disputa por hacer tributar a las filiales extranjeras,¹⁷⁰ hasta la lucha contra el *Treaty Shopping* denunciado en el informe Gordon¹⁷¹ siempre fueron medidas decididas por su administración tributaria y los gobiernos correspondientes sin atender a acuerdos o negociaciones con las organizaciones internacionales.

Además la justicia americana presenta capítulos de persecución de instituciones financieras que fomentaban la evasión fiscal, ya mucho antes del caso UBS en 2008. Así, por ejemplo, en los sesenta la persecución por el IRS de las actividades de lavado de dinero llevadas a cabo por el Castle Bank en Bahamas o en los ochenta con el Banco de Nueva Escocia y sus filiales en Miami.

El informe Gordon decía que el Congreso nunca ha buscado acabar con las operaciones entre paraísos fiscales y contribuyentes americanos. En su lugar, de vez en cuando, el Congreso identifica abusos y legisla contra ellos. Aquí deberíamos añadir que el IRS y el Departamento de Justicia también detectan tales abusos (aunque en un plano más específico) y reaccionan agresivamente contra ellos.

Todas estas iniciativas unilaterales, de una forma u otra, iban convergiendo en la OCDE como organización internacional encargada de llevar a cabo las políticas fiscales. Los principales países que fomentaban la lucha contra los paraísos fiscales y CFO eran miembros de la OCDE y sus políticas de lucha contra la evasión fiscal serían llevadas a este foro. A pesar de la guerra de guerrillas llevada a cabo durante los ochenta y noventa entre los países y los paraísos fiscales y las victorias a los primeros, tales décadas pueden considerarse como la edad de oro de los paraísos fiscales (Palan et al., 2009).

El fenómeno, por tanto, hizo replantearse la batalla contra la evasión fiscal *offshore* como una tarea multinacional, y la OCDE junto con la UE serían los primeros

¹⁷⁰ El “*Subpart F*” de 1962, con Kennedy en la presidencia, que pretendía transparentar las rentas de las filiales americanas que tuvieran ingresos de carácter pasivo.

¹⁷¹ Razón por la que se renegó en los ochenta el Convenio con las Antillas Holandesas y se desarrollaron nuevos Convenios con territorios caribeños que dieron lugar al “*Caribbean Basin Initiative*”.

organizaciones en tomar medidas: la propuesta de Directiva del Ahorro por parte de esta última se fragua durante los noventa para quedar activa a partir del año 2006 y la campaña de competencia fiscal dañina fue lanzada por la OCDE en 1998.

No obstante ninguna de estas acciones tuvo éxito,¹⁷² y no fue hasta el año 2008, con la crisis financiera azotando las primeras economías, con la sociedad civil sufriendo las consecuencias de la crisis de la economía real y con el trabajo de las ONG analizando y concluyendo que la evasión *offshore* era la culpable de una parte importante de la crisis, cuando las organizaciones internacionales deciden abiertamente luchar junto con los Estados contra la evasión fiscal.

Las consecuencias con las que nos encontramos tras el proceso de nacimiento y consolidación de los centros *offshore* y paraísos fiscales durante el siglo XX, la utilización de los mismos por las diferentes economías, la generación de auténticas industrias y mercados a su alrededor, la utilización de estos territorios por gobiernos liberales y empresas multinacionales en su afán de obtener mayores beneficios, la toma de conciencia del problema, las primeras luchas y las primeras derrotas y por fin la decisión de todos los países de luchar contra un fenómeno que ahora sí se quiere tener bajo control podrían resumirse en:

- El primer y más importante resultado de esta etapa es la identificación de los factores restrictivos que dificultan la aplicación de las políticas e instrumentos de lucha contra la evasión fiscal. Cualquiera de los tipos de medidas antes analizadas, se topa con alguno de los siguientes factores restrictivos: (i) soberanía; (ii) globalización; (iii) desigualdad; (iv) incapacidad de las instituciones. A estos cuatro factores restrictivos añadimos un quinto de tipo político: las teorías económicas liberales de grupos conservadores que fomentan la libre competencia y la desregulación tributaria internacional, principalmente provenientes de los EE.UU. y que han tenido impactos negativos en campañas de lucha contra la evasión fiscal internacional.
- Se toma conciencia de que solo una solución multilateral y basada en la cooperación entre los países y territorios puede solucionar el problema. La cooperación multilateral no implica el uso solo de medidas multilaterales. Los

¹⁷² La Directiva del Ahorro sí puede considerarse un éxito en cuanto a su establecimiento y aplicación, pero no en cuanto a alcance.

tres tipos de medidas, unilaterales, bilaterales y multilaterales son necesarias y complementarias y deben ser lanzadas coordinadamente.

- Las políticas e instrumentos deben diferenciarse en principios básicos, normas ampliamente aceptadas y políticas e instrumentos de lucha contra la evasión fiscal.¹⁷³ Las primeras operarían ya dentro del sistema, las segundas son ampliamente aplicadas por los Estados individualmente y las últimas, que se dividen a la vez en dos tipos: (i) pueden ser unilaterales cuya implementación global se busca a través de procesos sancionadores o (ii) pueden ser multilaterales emanadas de organizaciones internacionales que requieren de un proceso de adaptación como los basados en los principios de las redes de regulación transnacional que conllevan desagregación, experiencia y negociación global.
- Se requiere el compromiso de los territorios, organizaciones y entidades relacionadas con la utilización de territorios *offshore*, bien haciéndoles partícipes de las redes de regulación internacional, bien utilizando medidas punitivas.

La Figura 4 presenta un diagrama de políticas e instrumentos fiscales del período anterior a 2010, los obstáculos que encontraron los actores para imponer estas medidas y las consecuencias derivadas a partir del año 2010.

¹⁷³ Estas últimas, generalmente en conflicto con limitaciones derivadas de la soberanía, la naturaleza inapropiada de las organizaciones, el proceso globalizador y las desigualdades entre los países, que harán su implementación más compleja.

Figura 4: Políticas e instrumentos anteriores y posteriores a 2010

Actor	1981-2010		2010 en adelante	
	Política o Instrumento y sus Características		Política o Instrumento y sus Características	
EE.UU.	Caribbea Basin	<ul style="list-style-type: none"> Beneficios Fiscales x Intercambio de Información Negociado con Gobiernos Geográficamente Limitada 	FATCA	<ul style="list-style-type: none"> Intercambio de informacion o penalizacion Impuesta a Instituciones Financieras Global Agresiva Implementación negociada con estados
	QI	<ul style="list-style-type: none"> Permiso para operar x Intercambio de Información Negociado con entidades privadas Demasiado Laxa No autentica medida contra evasión 		
UE	Directiva del Ahorro	<ul style="list-style-type: none"> Limitada a personas físicas Limitada en producto financiero Diferencias entre países: retención vs información Limitación geográfica 	Directiva del Ahorro (Enmienda)	<ul style="list-style-type: none"> Se extiende a personas jurídicas Se extiende en producto financiero Se elimina la posibilidad de retención ciega Se adapta a FATCA
OCDE	CAM	<ul style="list-style-type: none"> No negociada Alcance limitado 	Reactivación CAM	<ul style="list-style-type: none"> Trabajo en estándares aceptados Negociacion Equitativa Aceptación Global Real <i>Soft Law</i>
	CFD	<ul style="list-style-type: none"> Intrusiva Parcial - No Equitativa No negociada Sin estándares aceptados Sin participacion de países No OCDE 		
	AII	<ul style="list-style-type: none"> Medida no efectiva por si sola Amplio alcance pero mal enfocado 		
Todos los países	CDI	<ul style="list-style-type: none"> 1968: 397 1973: 486 1983: 741 1993: 1219 1998: 1582 2004: 2019 	CDI	2011: 2976
	AII	2002-2007: 23	AII	2011: 518

Fuente: Elaboración propia

Observamos cómo en 2010 se produce un cambio en las políticas que lleva a los diferentes actores a desarrollar instrumentos decididamente dirigidos a obtener de forma eficiente información fiscal de los contribuyentes que realizan operaciones o invierten en otros países. Para ello utilizan medios coercitivos si es preciso y deciden operar globalmente, siendo conscientes de que las medidas limitadas geográficamente no conducen a una reducción de la evasión fiscal internacional. Es FATCA el instrumento que sirve de referencia y espolea a los otros dos actores a adaptar sus medidas (Directiva del Ahorro o CAM).

No observamos, sin embargo, un cambio desde las políticas e instrumentos precedentes. FATCA no deja de ser una evolución, un cambio de estrategia con respecto a QI. Lo mismo ocurre con la enmienda a la Directiva del Ahorro o la CAM, el instrumento sigue siendo viejo, pero la estrategia es nueva.

Esta nueva estrategia pretende utilizar elementos como la cooperación multilateral, el alcance global de los instrumentos, el diseño de estándares aceptables sobre tareas administrativas, el desarrollo de foros amplios o la revisión entre pares, entre otros. La transformación de la OCDE es fundamental para alcanzar estos objetivos.

En el siguiente capítulo se analizará FATCA, como norma de derecho positivo, generadora de consenso en el ámbito internacional y su extraordinaria implementación cuasi-global, pero también como hito y punto de inflexión que ha hecho girar el sistema fiscal internacional y que ha permitido a los diferentes actores superar limitaciones en la aplicación de políticas fiscales de lucha contra la evasión fiscal internacional. Pero antes procedemos a analizar el intercambio de información, tal como ha existido hasta la aparición de FATCA, lo cual ayudará a contextualizar la trascendencia de la norma y nos permitirá comparar el estado de este instrumento antes y después de FATCA.

3. ANÁLISIS DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN COMO COMÚN DENOMINADOR DE LAS POLÍTICAS E INSTRUMENTOS DE LUCHA CONTRA LA EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL

La razón del análisis del intercambio de información en un epígrafe aparte es porque es el denominador común que ha estado presente en todas las políticas y campañas de lucha contra la evasión fiscal internacional (Gordon, *Caribbean Basin*, Directiva del Ahorro, CAM, competencia fiscal dañina y por supuesto AII). Además, desde 2010 y FATCA el intercambio de información es la piedra angular del nuevo paradigma de cooperación y lucha contra la evasión fiscal.

3.1. ENFOQUES DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN COMO INSTRUMENTO DE LUCHA CONTRA LA EVASIÓN FISCAL

Se considera el tratado para regular la cooperación administrativa en asuntos fiscales de 1843 entre Francia y Bélgica como el primer tratado bilateral de intercambio de información. Este tratado, consecuencia de la Europa posterior al Congreso de Viena y el desarrollo industrial que se estaba viviendo, obligaba a los oficiales a cargo de las administraciones a intercambiar documentos e información que pudiera tener relevancia en la recaudación de impuestos de cualquiera de los dos países o con respecto a países con los cuales estos países pudieran tener intereses recíprocos. En su artículo segundo se detallaba el tipo de información relevante y que pudiera ser objeto

de intercambio: transferencias de titularidad y propiedad en documentos tales como escrituras o contratos de compraventa. Toda una declaración de lo que el intercambio de información significa.

No solo se tiene constancia de este tratado como el primero en intercambio de información, sino como el primer tratado internacional en materia fiscal en absoluto, dando cuenta así de la importancia que desde siempre ha tenido el intercambio de información fiscal en la gestión tributaria internacional.

Después llegarían más acuerdos de la nación belga para el intercambio de información con otros países de su entorno como Luxemburgo y Holanda en 1845.

No sería hasta finales del siglo XIX, principios del XX cuando comenzaron a desarrollarse los tratados de doble imposición, todos ellos en la Europa central y por regla general entre países vecinos: Austria y Hungría Prusia en 1899, Austria y Liechtenstein en 1901, etc.

El hecho de que los acuerdos se produjeran entre países vecinos que unos años antes habían definido sus fronteras, dejando a muchos de sus ciudadanos con importantes intereses económicos al otro lado de las nuevas fronteras hicieron que estos tipos de acuerdos de cooperación fueran necesarios para los gestores de finanzas (Jogarajan, 2011).

Si traemos aquella necesidad al presente, a un mundo donde las fronteras para ciertas actividades económicas no existen (Tanzi & Zee, 2000), no cabe duda de que los acuerdos de intercambio de información pueden tener una función realmente determinante en la fiscalidad.

Se pueden considerar varios tipos de instrumentos en los que se desarrolla el intercambio de información tributaria entre los países. Así, de acuerdo con Keen y Ligthart (2006), podemos encontrar:

- Enfoque bilateral, dentro de los que estarían los tratados de doble imposición y los acuerdos de intercambio de información.
- Enfoque multilateral, como las Directivas europeas del Ahorro y de la Asistencia Mutua, la Convención Multilateral de la OCDE o el Modelo de acuerdo del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT).
- Otros tipos de acuerdos.

A continuación se desarrolla cada uno de los instrumentos mencionados:

3.2. ENFOQUE BILATERAL DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

3.2.1. Convenios de doble imposición

Ya hemos revisado el proceso de nacimiento y desarrollo de los tratados de doble imposición cuando hablamos de la bilateralidad como sistema predominante durante el siglo XX.

La aportación del CDI al intercambio de información internacional es fundamental desde el punto de vista normativo y estructural pero se ha mostrado ineficaz desde el punto de vista práctico para limitar la evasión fiscal internacional. Si bien los CDI son los primeros instrumentos que regulan el intercambio de información (artículo 26 del Modelo de Convenio), y por tanto, existen cerca de tres mil acuerdos de intercambio de información derivados de dicha cláusula, en la práctica los intercambios de información a través de tratados se han mostrado insuficientes para evitar la evasión fiscal porque la red de convenios, si bien extensa, sin embargo no alcanza a los territorios más utilizados para prácticas abusivas.

Además, el alcance de la cláusula es limitado y aunque en muchos casos recoge, sin embargo no desarrolla el intercambio automático de información, siendo el intercambio bajo requerimiento el más utilizado. El intercambio bajo requerimiento queda muy lejos de lo necesario para luchar contra la evasión fiscal.

La limitación de la propia red de convenios, que no alcanza a muchos países, principalmente emergentes o en desarrollo y a territorios que disponen de sistemas fiscales no compatibles con los sistemas fiscales de los países desarrollados, ha producido que muchos de estos países y territorios se hayan convertido en las jurisdicciones propicias para ocultar y en consecuencia evadir. Esta es la razón principal por la que la OCDE decidió lanzar la campaña de acuerdos de intercambio de información, cuya finalidad era facilitar a estos países un marco de cooperación ajustado e intentar atraerlos al foro en el que se diseña la cooperación fiscal internacional.

3.2.2. Acuerdos de intercambio de información

Han sido los CDI, bien los que siguieron el modelo de la Liga de Naciones en el periodo de entreguerras o los que siguieron los modelos de la OECE y OCDE o el de

la ONU a partir de los ochenta, los que han recogido de forma casi exclusiva el intercambio de información en su artículo número 26. Sin embargo, observamos excepciones en el caso de los EE.UU. que siempre ha mostrado un interés particular por el intercambio de información. Así, resulta preciso mencionar que la importancia que los EE.UU. han dado siempre al intercambio de información se ha reflejado en el desarrollo de su propio artículo sobre este aspecto en su modelo de tratado, más amplio que el artículo 26 del Modelo de Convenio de la OCDE. También se percibe el interés de los EE.UU. en esta materia al promover campañas para la firma de acuerdos de intercambio de información, como los llevados a cabo con los países caribeños en la década de los ochenta.¹⁷⁴

Los actuales acuerdos de intercambio de información surgieron como consecuencia de las necesidades que los países OCDE tenían en la década de los noventa de poner coto a las prácticas fiscales perjudiciales y a la limitación a los paraísos fiscales.

Desde 1996 la OCDE trabajó en la identificación de territorios y de conductas favorables a la ocultación y evasión fiscal así como a la catalogación de paraísos fiscales. La pretensión consistía en analizar el problema, el alcance del mismo e intentar imponer medidas de transparencia.

La consecuencia de estos trabajos fue el repertorio de políticas lanzadas a la campaña de competencia fiscal dañina de 1998. Además de otras muchas recomendaciones, se marcó el intercambio de información como una política básica para luchar contra las prácticas fiscales perjudiciales. Se recomendó la utilización de instrumentos bilaterales y multilaterales para conseguir un intercambio de información eficiente. En el año 2000 la OCDE continuó con la lucha mediante la elaboración de una lista de territorios no cooperadores (por falta de transparencia y de intercambio de información y nula o baja tributación) que podrían recibir sanciones de los países miembros de la OCDE si no cambiaban sus prácticas fiscales.

El empuje definitivo a los AII vino dado por la posición del nuevo gobierno americano en 2001 ante la campaña de la OCDE, al considerar que los territorios no cooperadores se limitaban a aquellos no transparentes y/o que no intercambiaban información, dejando fuera los que disponían de nula o baja tributación, por ser esta una cuestión que corresponde a la soberanía de cada Estado (Martín Morata, 2009).

¹⁷⁴ Barbados, Jamaica, Granada, República Dominicana y Trinidad y Tobago.

A partir de este retroceso en el alcance de las medidas pretendidas por la OCDE, se decidió que los territorios considerados como no cooperadores tampoco podrían recibir sanciones si existía un compromiso de implementar determinadas prácticas favorables a la lucha contra la evasión y ocultación fiscal y que estaban muy en la línea del intercambio de información.

Efectivamente, en 2002 se aprueba el Modelo de AII que fue consensuado con algunos de los paraísos fiscales más significativos. La firma de estos AII por los países y territorios de la lista podría ponerlos fuera de ella. Así, el AII se convirtió en el instrumento que resolvía formalmente el compromiso que los paraísos fiscales habían aceptado para quedar fuera de la lista.

3.3. ENFOQUE MULTILATERAL DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

Dentro del enfoque multilateral se sitúan acuerdos generalmente de carácter regional y que implican a partes del mismo nivel de desarrollo: así, por ejemplo, las directivas europeas de intercambio de información, los acuerdos del CIAT o los alcanzados por los países nórdicos. Generalmente estos acuerdos implican a un conjunto de países relativamente pequeño. Otros acuerdos son los promovidos por la OCDE para la asistencia mutua administrativa, que hasta no hace mucho tiempo seguía el patrón de los anteriores (países industrializados y un número pequeño), pero que a partir de 2010 ha despegado en alcance y trascendencia.

3.3.1. Directiva del Ahorro

Uno de los primeros instrumentos multilaterales en materia de intercambio de información y asistencia mutua fue la Directiva 77/799/CE, de 19 de diciembre de 1977, de asistencia mutua de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos y los impuestos sobre las primas de seguros. Dicha Directiva ha sido derogada por la Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011 relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, con un claro afán de adaptar la obsoleta normativa comunitaria sobre esta materia a los tiempos actuales, a la era de la “mundialización”, como recoge la propia Directiva.

No obstante, será la Directiva del Ahorro la que, durante el lapso temporal que estudiamos en este capítulo, marque el camino del intercambio automático de información en Europa. Antes de que la OCDE lanzara los AII, la Unión Europea había comenzado a trabajar en su propio sistema de prevención de la evasión fiscal

por cuentas en el extranjero (aunque siempre dentro de la propia UE) mediante comunicación de la información del ahorro y un sistema de intercambio entre Estados miembros que utilizaba a los bancos como intermediarios necesarios.

En 1988, una propuesta de Directiva del Ahorro con una retención fija del 15% sobre intereses fue presentada a la Comisión Europea. No tardó mucho tiempo en ser rechazada. Este movimiento, sin embargo, sirvió como punto de partida para una nueva propuesta en 1997,¹⁷⁵ más en la línea de buscar una nueva política de cooperación para obtener la información precisa y así poder someter a tributación los beneficios derivados del ahorro.

Tras varios intentos¹⁷⁶ y ante la previsión (ya entonces casi realidad) de la globalización de los mercados de capitales, los Estados miembros fueron conscientes de la necesidad de crear un sistema que asegurara la imposición en los países de residencia de los beneficios del capital.¹⁷⁷

Así, en 1997 la Comisión Europea preparó el borrador de la nueva propuesta de directiva que daba a los Estados miembros dos opciones: intercambiar información o retener sobre los intereses. Sin embargo, dicho proyecto no preveía un mecanismo para compartir los impuestos derivados de las retenciones practicadas.

En el año 2000, se hizo una nueva propuesta incluyendo una negociación con otros territorios controvertidos¹⁷⁸ y que ponían en peligro la viabilidad y eficiencia del nuevo sistema. Así, a finales del año 2000, los puntos principales del nuevo sistema de coordinación habían sido elaborados. Este nuevo sistema fue aceptado por todos los Estados miembros de la UE, a excepción de Luxemburgo, Bélgica y Austria que optaron por el sistema de retención.

La inherente lentitud de los procesos en la UE y las negociaciones con los territorios¹⁷⁹ retrasaron la entrada en vigor de la Directiva hasta julio de 2005. Sin

¹⁷⁵ Promovida por las consecuencias derivadas del *Verona paper*.

¹⁷⁶ Alemania intentó implementar un sistema de coordinación del ahorro para evitar las huidas de capitales por razones impositivas, propuesta que Luxemburgo rechazó inmediatamente.

¹⁷⁷ En realidad la pretensión consistía en armonizar la imposición directa sobre el ahorro, sin embargo la propuesta de retención fija en destino fue cambiada por intercambio de información, tratando de uniformar la tributación en residencia frente a la uniformidad de tipos impositivos.

¹⁷⁸ Suiza, Liechtenstein, Andorra, Mónaco y San Marino.

¹⁷⁹ Finalmente la negociación incluyó cinco territorios fuera de la UE: Suiza, Liechtenstein, Andorra, Mónaco y San Marino y diez dependencias territoriales: Aruba, Anguilla, Guernesey, Jersey, Isla de Man, Islas Caimán, Islas Vírgenes Británicas, Antillas Holandesas, Montserrat, Turcos y Caicos. Estos

embargo, a pesar de las complicaciones y retrasos, la primera política internacional de intercambio de información automática fue finalmente puesta en marcha a través de la Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses (Consejo UE, 2003).

La Directiva del Ahorro fue concebida para que los Estados miembros intercambiaran información fiscal sobre intereses, sobre un exhaustivo sistema para compartir la información, con reglas que detallan el tipo de datos a reportar, la frecuencia y el mecanismo de intercambio. Además acabó extendiéndose a un número de terceros de países como Suiza y dependencias en las Islas del Canal y el Caribe.

Las carencias de la Directiva del Ahorro han sido puestas de manifiesto por la doctrina de forma reiterada: muchos tipos de rendimientos financieros no estaban dentro de su espectro, como los dividendos, los rendimientos de seguros o las ganancias de capital, y además solo aplicaba sobre personas físicas por lo que evitar el reporte de información de la Directiva del Ahorro era sencillo, bien eligiendo un producto financiero diferente o actuando a través de alguna persona jurídica titular de la inversión. Además, la Directiva del Ahorro produjo el efecto perverso de desviar inversiones fuera de Europa y las dependencias de ultramar de algunos de sus Estados miembros, favoreciendo de alguna manera a otros territorios.

La experiencia, tras estos años de funcionamiento muestra que la Directiva tiene un alcance muy limitado que permite burlar su aplicación fácilmente. Sin embargo la Directiva ha servido para poner en funcionamiento un sistema multilateral de intercambio de información con la colaboración de instituciones financieras y administraciones tributarias. Debido a lo limitado de la Directiva del Ahorro, una necesidad de enmienda la ha perseguido durante sus años de vigencia.¹⁸⁰ Finalmente, la Comisión de la UE comunicó la aprobación final de la Directiva 2014/48/UE del Consejo, de 24 de marzo de 2014, por la que se modifica la Directiva 2003/48/CE en

países y territorios aplicaron el sistema de retención, a excepción de Islas Caimán, Aruba, Montserrat y Anguilla que optaron por intercambiar información.

¹⁸⁰ “Following the first review of the Directive (...), the European Commission adopted on 13 November 2008 an amending proposal to the Savings Taxation Directive, with a view to closing existing loopholes and better preventing tax evasion. The Commission proposal seeks to improve the Directive, so as to better ensure the taxation of interest payments which are channeled through intermediate tax-exempted structures. It is also proposed to extend the scope of the Directive to income equivalent to interest obtained through investments in some innovative financial products as well as in certain life insurance products”

http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/personal_tax/savings_tax/savings_directive_review/index_en.htm

materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses que enlaza con las actuales políticas e instrumentos internacionales de lucha contra el fraude fiscal mediante el intercambio de información, la transparencia y la asistencia mutua (Consejo UE, 2014).

Además la Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad (Consejo UE, 2011) prevé el intercambio de información de forma automática entre los Estados miembros puede completar aun más las lagunas de la Directiva del Ahorro.¹⁸¹

3.3.2. CIAT (Centro Interamericano de Administrtraciones Tributarias)

La experiencia del CIAT no es tan fructífera como la europea. Los países latinoamericanos y caribeños no disponían de una importante red de acuerdos de intercambio de información, siendo la mayoría de los existentes firmados con los EE.UU. Incluso el Modelo de Convenio generalmente utilizado, siguiendo el de OCDE de 1977, limitaba mucho el intercambio de información.

En los últimos años se han realizado esfuerzos tendentes a que el intercambio de información tributaria sea una realidad, siendo las iniciativas más destacadas la aprobación de un modelo de acuerdo de intercambio de informaciones tributarias entre administraciones fiscales, la elaboración de manuales para la implantación y práctica de intercambio y para el control del planeamiento tributario internacional, creación de equipos especializados en la materia y desarrollo de bases de datos (Carbajo Vasco & Porporatto, 2013).

En cuanto al modelo de acuerdo de intercambio de informaciones tributarias del CIAT, prevé expresamente formas de intercambio de informaciones tributarias entre administraciones fiscales de distintos países, el intercambio automático, espontáneo y a solicitud, además de incluir disposiciones sobre fiscalizaciones simultáneas y en el extranjero. Es el producto del Grupo de Trabajo de Intercambio de Informaciones Tributarias, auspiciado por Italia y coordinado por el CIAT. El Modelo fue elaborado en el año 1999 por funcionarios expertos del área de los siguientes países: Argentina, Brasil, Canadá, Estados Unidos, Italia, México y la Secretaría Ejecutiva del CIAT.

¹⁸¹ Esta Directiva también ha sido enmendada para dar mayor consistencia al intercambio de información tras la aparición de la ley FATCA y los acuerdos de los Estados europeos con los EE.UU.

El Manual CIAT para la implantación y práctica de intercambio de información para fines tributarios (CIAT, 2006) es el producto del grupo de trabajo, auspiciado y coordinado por la secretaria ejecutiva del CIAT. Este Manual fue elaborado en el año 2006, por funcionarios expertos del área de los siguientes países: Argentina, Brasil, Canadá, España, Estados Unidos de América, Italia, México y un representante de la OCDE. El Manual ofrece una visión general de la aplicación de las disposiciones de intercambio de información, especialmente, con referencia a las del modelo de intercambio de información CIAT, que pueda servir como guía técnica y práctica a los funcionarios de sus respectivas administraciones tributarias a cargo de ese intercambio, y así contribuir a que el mismo se haga efectivo.

El Manual también puede resultar útil en programas de capacitación sobre la materia y proveer una guía de utilidad para las administraciones tributarias al diseñar o revisar sus propios manuales e, inclusive, al negociar nuevos acuerdos. Este Manual fue presentado a los países miembros del CIAT en su Conferencia Técnica del año de 2006, realizada en Madrid, España.

Un segundo Manual CIAT para el control del planeamiento tributario internacional pretende intercambiar experiencias e identificar áreas de cooperación y estrategias conjuntas de las administraciones tributarias, para controlar el planeamiento tributario internacional y evitar efectos tributarios nocivos, en especial, los referentes a la disminución de la base imponible, el arbitraje impositivo, el diferimiento del pago del impuestos, y la obtención de créditos y devoluciones, a los que de otra forma y de acuerdo con la Ley no habría lugar.

Se generó a partir de un Grupo de Trabajo, donde intervinieron Argentina, Brasil, Canadá, Chile y México, incorporándose en la última reunión España, EEUU, Italia, Países Bajos y Portugal. Este Manual fue presentado en la Asamblea General N° 41° en Barbados. Por otro lado, resulta de interés también mencionar los siguientes instrumentos relativos a la temática tratada, aunque se reconoce la distinta naturaleza de los mismos respecto de los citados anteriormente.

Dentro de la estructura del CIAT se ha creado la Dirección de Cooperación y Tributación Internacional, con clara injerencia en tributación internacional y, en particular, en el intercambio de información. Gestiona las actividades de Cooperación

Internacional del CIAT, junto a los países miembros y con organizaciones Internacionales.

El CIAT además ha actualizado la información del sistema conocido como “CIATDATA” sobre los CDI y los Acuerdos de Intercambio de Información Tributaria en aplicación en los países miembros del CIAT de América Latina. Además de la actualización, se ha mejorado el detalle de la información, incluyendo datos de los Tratados que dejaron de aplicarse, así como aquellos que fueron renegociados. Esta información permite apreciar cómo vienen evolucionando las políticas de cooperación y asistencia mutua para prevenir la evasión fiscal internacional.¹⁸²

3.3.3. Convenio Nórdico

Otro acuerdo multilateral de intercambio de información es el Convenio Nórdico de Asistencia Mutua en Asuntos Tributarios, derivado del Tratado firmado en 1972, y en el cual se inspiró la CAM del Consejo de Europa y la OCDE. La nueva versión del Convenio Nórdico, que acompaña los términos de la CAM, se encuentra vigente desde 1991 (Pita, 2008).

Este acuerdo fue concluido por Finlandia, Suecia, Noruega, Dinamarca e Islandia y puede considerarse como pionero respecto a la cooperación de asistencia mutua. Un examen del contenido de el Convenio Nórdico, especialmente en la parte relativa al intercambio de información revela que los países nórdicos han ido un paso por delante en muchos aspectos a la OCDE e incluso a la UE (Valkama, 2013). Lo anterior queda demostrado al haber sido el Convenio Nórdico la referencia para otras regulaciones, principalmente la CAM del Consejo y la OCDE.

Posiblemente uno de los elementos que facilitó a los países nórdicos alcanzar un acuerdo de este tipo sea la similitud entre los mismos, además de los vínculos estrechos que estos países mantienen. La diferencia entre los países es una de las limitaciones en las negociaciones multilaterales para luchar contra la evasión fiscal.

¹⁸² Aunque la aplicación práctica del intercambio de información de la CIAT queda aun muy lejos de cualquiera de los otros mecanismos multilaterales, consideramos interesante su expresión en este trabajo para, por un lado mostrar la variedad de los trabajos y avances (aunque estos sean lentos) del intercambio de información como medida de lucha contra la evasión fiscal y por otro la disposición de plataformas que pueden resultar válidas (incluso fuera del ámbito de los países OCDE y desarrollados) para la implementación de un intercambio automático de información de ámbito global. También sirve para mostrar el efecto de la cooperación internacional, como se observa en la formación de los grupos de trabajo.

Eliminar esta diferencia en negociaciones en esferas más reducidas aumenta las posibilidades de acuerdo.

Los vínculos entre los países, por cambios de residencia de sus contribuyentes y operaciones comerciales por proximidad es una de las razones por la que se llegan a acuerdos de intercambio de información. Los países nórdicos comenzaron las negociaciones bilaterales de intercambio de información en 1943, con un acuerdo entre Finlandia y Suecia con el objetivo de controlar la posible evasión fiscal para los casos de migración entre ambos países. Siguieron otros desde 1949 y hasta 1956 y así Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia firmaron acuerdos bilaterales entre todos ellos en ese período. En 1967 los países comentados más Islandia decidieron hacer un borrador de modelo multilateral de asistencia mutua. En 1972 se firmó el primer Convenio Nórdico de Asistencia Mutua en Asuntos Tributarios. Intercambio de información, recaudación de impuestos y servicio de documentación estaban recogidos en el acuerdo multilateral.

El Convenio Nórdico fue enmendado varias veces en los años siguiente hasta la enmienda de 1989 a la luz de la CAM del Consejo y la OCDE. La enmienda que entró en vigor en 1991 es la que se mantiene en vigor actualmente. A raíz de estas enmiendas las Islas Feroe y Groenlandia (territorios dependientes de Dinamarca, pero independientes en asuntos fiscales) entraron a formar parte del Convenio Nórdico.

El alcance en materia de impuestos del Convenio Nórdico es muy amplio: impuesto sobre la renta y sociedades, herencias y donaciones, vehículos a motor, IVA, seguridad social, especiales, etc.

El alcance de la asistencia cubierta es también amplio. Además del intercambio de información (automático), existe la asistencia en la recaudación y la recuperación de impuestos, el servicio de documentación, la provisión de formularios, medidas previas para evitar la doble imposición, auditorías simultáneas o presencia de representantes en otro país contratante.

El intercambio de información puede darse en cualquiera de las formas previstas en el artículo 26 del CDI o los AII, esto es, bajo requerimiento, espontáneo o automático. La posibilidad de intercambio de información automático existe en el Convenio Nórdico desde 1972.

El vigente Convenio Nórdico establece que los Estados contratantes son requeridos, tras el fin del año natural, en la medida de lo posible y bajo protocolos de control y similitud proveer a otros Estados contratantes información automática sobre dividendos, intereses, posiciones financieras, propiedad inmobiliaria, royalties, rendimientos del trabajo incluidas pensiones y pagos de seguro así como otros ingresos o propiedades de contribuyentes de estos otros Estados (Nordic Mutual Assistance Treaty Convention, 1989).

Aunque no existe una certeza sobre el funcionamiento del intercambio de información dentro del Convenio Nórdico, sí se conocen detalles como que la dirección de impuestos encargada de realizar el intercambio previamente a la distribución verifica de forma automática y manual que la información fiscal coincide con el beneficiario efectivo y la administración local receptora compara el dato recibido con el declarado por su contribuyente. Si el ingreso extranjero no es declarado por el contribuyente existe un indicio de evasión y el contribuyente puede ser sometido a una auditoría. Esta información, generalmente se refiere a intereses, dividendos y royalties, aunque la lista del intercambio automático de información que recoge el artículo 11 del Convenio Nórdico es mucho más amplia, como hemos comprobado.

El principal problema en el suministro y procesamiento de datos bajo el Convenio Nórdico se detecta principalmente a la identificación del beneficiario efectivo. Otros problemas detectados vienen generados por las diferencias entre los criterios fiscales de los países y los períodos impositivos (Meinzer, 2013). Además hay que añadir otras dificultades, ya en el proceso de verificación por parte de las administraciones tributarias, debido a las negativas de los contribuyente a reconocer el ingreso imputado y la dificultad de verificar que la información reportada es aplicable a su caso ante la ausencia de un número de información fiscal o la fecha de nacimiento.

3.3.4. CAM (Convención sobre Asistencia Mutua)

Por último, los esfuerzos de la OCDE por implementar un sistema de intercambio de información multilateral se materializan en 1988 con la CAM ideada entre la propia OCDE y el Consejo Europeo e inspirada en el Convenio Nórdico.

Originariamente la CAM no gozó de demasiado éxito, los países no ofrecían el compromiso requerido para que una iniciativa de este tipo pudiera funcionar. La propia OCDE la califica (y así es) como el instrumento multilateral más ambicioso

para todas las formas de cooperación fiscal y para luchar contra la evasión y la elusión fiscal internacional.

La viabilidad de la CAM fue reforzada en 2009 por la acción del G20 interesado en tomar el intercambio de información y la transparencia en materia fiscal como la punta de lanza para luchar contra la evasión y elusión fiscal. En consecuencia una enmienda a la Convención fue llevada a cabo en 2010 y desde entonces más de 90 países han firmado dicho protocolo, lo que supone una extraordinaria acogida sobre todo si lo comparamos con ocho países que firmaron la Convención original.

En el año 2000 la OCDE lanzó igualmente un Foro sobre Transparencia e Intercambio de Información en Materia Fiscal (Foro Global), como un mecanismo de control y trabajo para las políticas de intercambio de información internacional. Como ocurrió con la CAM, el Foro Global fue modificado en el año 2009 para darle una nueva perspectiva ante el reforzamiento de las políticas de intercambio de información lanzadas por el G20. Actualmente el Foro cuenta con 125 miembros y 15 observadores, estando los miembros en igualdad de condiciones para trabajar en la correcta aplicación de los acuerdos de intercambio de información. Para ello siguen procesos de revisión entre pares con la finalidad de controlar la implementación de los estándares de transparencia e intercambio de información comprometidos entre los países y territorios que han concluido acuerdos de intercambio de información.

Es importante destacar que tanto la CAM como el Foro tienen un objetivo global que se aprecia incluso en el número de suscriptores y miembros de uno y otro respectivamente que sobrepasan con mucho el elenco de países OCDE, rompiendo de esta forma, y en esta exclusiva perspectiva, la visión de esta organización como club de países ricos.

3.4. ANÁLISIS DE OTROS INSTRUMENTOS DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

A veces el intercambio de información puede venir o ser reforzado por otros instrumentos diferentes de los CDI, los AII y las demás medidas multilaterales aquí comentadas.

En España existen los denominados Acuerdos Administrativos de Intercambio de Información (Escalona Ruiz, 2009) que se pueden firmar con otros países, siempre

dentro del ámbito de un CDI.¹⁸³ Estos acuerdos tienen la finalidad de ejecutar desde el punto de vista de los procedimientos y la cooperación administrativa el intercambio de información previsto en los Convenios. Se trata pues de un instrumento de carácter eminentemente práctico que detalla los procedimientos relacionados con el intercambio real de información (envíos, plazos, etc.)

Estos acuerdos no son Tratados Internacionales de los regulados en el capítulo III de la Constitución de 1978 sino meras herramientas administrativas de desarrollo de los mismos, por lo tanto tampoco exigen su publicación en el BOE (Borrego Santiago, 2010). Dichos acuerdos son negociados y firmados por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT).

Los acuerdos administrativos pueden ser propiamente de intercambio de información, desarrollando la labor administrativa del intercambio de información recogido en un CDI o acuerdos transfronterizos de intercambio de información, más en la línea de apoyo administrativo en relaciones fronterizas.¹⁸⁴

En cuanto a los primeros, pueden seguir las bases marcadas por la OCDE, y así lo son pues, los firmados con Suecia, Francia, Portugal y Países Bajos y los que tienen como base el Modelo CIAT, firmados con Argentina y Chile.

Todos estos acuerdos han sido firmados entre 1999 y 2006. Las fechas de firma de estos acuerdos podrían no ser aleatorias. A finales del siglo XX comenzaron los llamamientos a la lucha contra la evasión fiscal que concluyó con la campaña sobre la competencia fiscal dañina y destaparon la importancia por el intercambio de información. El artículo 26 del Modelo de Convenio OCDE establecía los principios, pero no la práctica, de ahí la necesidad de regular el cómo del intercambio de información. A partir de 2006 España no firma más acuerdos administrativos, lo cual es posible que guarde relación con la modificación del Modelo de Convenio llevada a cabo dos años antes, y que incluía nuevos apartados (el 4 sobre el alcance de la obligación de suministrar información y el 5 que versa sobre secreto bancario) y la

¹⁸³ Aunque también podría serlo de un AII o de alguna de las otras modalidades que hemos comentado

¹⁸⁴ Lo que queda claro al ver los dos únicos países con los que España tiene firmado un acuerdo de este tipo: Francia y Portugal.

introducción de un artículo 27 denominado “Asistencia en la recaudación de impuestos”.¹⁸⁵

Dichos acuerdos administrativos regulan la forma en la que llevar a cabo el intercambio espontáneo de información en los casos transfronterizos y una especie de búsqueda de un intercambio automático en los otros.

No puede dejarse de lado la similitud entre estos acuerdos administrativos y los acuerdos intergubernamentales que los EE.UU. están firmando con los países como consecuencia de la implementación de FATCA. Tanto en unos como en otros, la aplicación práctica del principio de intercambio de información es el motivo fundamental del acuerdo, también se puede ver la analogía en la implicación de las administraciones tributarias, como piedra angular del éxito de estas prácticas.

Por ejemplo, el considerando segundo del Modelo 1 de acuerdo intergubernamental de FATCA se refiere al CDI firmado entre las partes contratantes¹⁸⁶ como autorizante del intercambio de información.¹⁸⁷ La similitud en este aspecto con los acuerdos administrativos es clara.

3.5. OBSERVACIONES DE LA DOCTRINA SOBRE EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN COMO INSTRUMENTO DISUASORIO DE LA EVASIÓN FISCAL

Todo lo anterior debe tener su refrendo con hechos, haciendo que la información fiscal sea efectivamente intercambiada y usada por las administraciones tributarias y que los contribuyentes (y sobre todo los evasores) queden disuadidos de realizar evasión y ocultación fiscal *offshore*.

El intercambio de información bajo requerimiento no ha supuesto una reducción de la evasión fiscal (Johannesen & Zucman, 2012; Kudrle, 2008, 2012). Este hecho ha sido aceptado por la OCDE, que a partir de 2010, con el apoyo del G20 comienza a introducir el intercambio de información automático como solución a esta

¹⁸⁵ De hecho un nuevo artículo que junto con la interpretación dinámica de los Convenios podría resultar efectiva a la hora de llevar a la práctica el intercambio de información.

¹⁸⁶ En referencia al acuerdo intergubernamental con España, con el cual EE.UU. tiene CDI, ya que podría referirse al AII u otro tipo de acuerdo, dependiendo del país con el que se alcanza el acuerdo y el tipo de acuerdo que permite el intercambio de información.

¹⁸⁷ “Considerando que el artículo 27 del Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal respecto de los impuestos sobre la renta, y su protocolo, hecho en Madrid el 22 de febrero de 1990 (el «Convenio») autoriza el intercambio de información con fines tributarios, incluido el intercambio automático.”

inoperancia. Pero, sin duda, quien mejor entendió la problemática fueron los EE.UU., tal como se demuestra con la iniciativa FATCA.

Por tanto, considerado el intercambio de información bajo requerimiento fracasado, desde 2010 los estándares de intercambio de información giran en torno a la automatización: el Foro Global adopta una revisión de la CAM que a partir de entonces contiene el intercambio automático como regla general. Lo mismo ocurre con FATCA.

Siendo el intercambio de información fiscal automático e internacional un fenómeno nuevo no existen análisis profundos sobre su efectividad en la disuasión de evadir impuestos. El primer intento de intercambio internacional automático que podemos considerar sería la Directiva del Ahorro, y de ella no extraemos conclusiones claras de la efectividad de la medida por las conocidas limitaciones que tal norma contiene.

Rixen y Schwarz (2012) concluyen que la Directiva del Ahorro, no fue propiamente una medida efectiva como consecuencia de las planificaciones que los contribuyentes pudieron llevar a cabo de forma previa a su entrada en vigor. El hecho de que la entrada en vigor fuera muy lenta hizo que los contribuyentes europeos con intención de evadir u ocultar tuvieran tiempo suficiente para organizar con entidades y asesores estructuras o inversiones *ad hoc* para evitar la Directiva.¹⁸⁸

Por otra parte, el corto alcance de la Directiva, tanto en producto financiero como en espacio geográfico hizo de la Directiva del Ahorro un buen intento de poner en marcha un sistema internacional de intercambio de información pero una pésima herramienta para disuadir a los evasores fiscales.

No obstante, sí existen algunos trabajos a nivel más local que demuestran que el intercambio de información puede ser efectivo frente a sistemas sin intercambio efectivo y auto cumplimiento por parte de los contribuyentes.

Así, un estudio realizado en 2011, partiendo de las teorías sobre la evasión fiscal construidas por Allingham y Sandmo, se demostraba que el conocimiento por parte de los contribuyentes de reportes de información por terceras partes disuade en buen grado a los contribuyentes de evadir impuestos (Kleven et al., 2011).

¹⁸⁸ Incluso la forma de hacerlo muchas veces no era en especial compleja, muchas veces era suficiente cambiar/relocalizar la inversión de un depósito a otro producto financiero, o simplemente mover la inversión de una entidad financiera europea a una fuera del ámbito de la Directiva.

Teniendo en cuenta las magnitudes que la evasión fiscal *offshore* y las múltiples localizaciones utilizadas para desarrollar la estructura evasiva, aquellos sistemas aislados en los que las inversiones y rendimientos obtenidos en un territorio quedaban fuera del alcance de las autoridades fiscales del país de residencia eran propicios para multiplicar el fenómeno. Enlazando estas conclusiones con la dinámica mostrada en el capítulo I de vinculación de la evasión fiscal internacional como concreción de la oportunidad de evadir ofrecida por la información asimétrica nos lleva a valorar que una amplia red de intercambio automático de información¹⁸⁹ servirá como elemento disuasorio de la evasión internacional de impuestos.

3.6. ESTADO DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN INTERNACIONAL

Atendiendo a lo reflejado en el análisis del intercambio de información internacional, se observa que dicho instrumento de lucha contra la evasión fiscal ha sido largamente tomado en consideración. Exportado desde los mecanismos originales de carácter bilateral (CDI y AII) se ha intentado establecer este intercambio de información convencional en su forma multilateral. Y este intento se ha llevado a cabo desde diversas organizaciones multinacionales. Algunas de ellas de más reducida dimensión, como el Convenio de Asistencia Mutua Nórdico sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria de 1989, o los acuerdos de la CIAT para el intercambio de información, que puede ser más considerado como propuesta de colaboración multilateral que como mecanismo. Otras desde organizaciones supranacionales con un mayor nivel de integración y armonización, como la UE, donde el intercambio de información se ha implementado mediante disposiciones normativas.

En cuanto a la CAM del Consejo de Europa y la OCDE, su pretensión global quedó muy reducida en esta primera etapa y la posibilidad de intercambiar información automáticamente se difuminó durante la desacertada puesta en vigor. Además el número de países que suscribieron la aplicación de tal instrumento fue muy limitado.

En resumen, de los intentos de desarrollo de intercambio de información multilateral hasta 2010 encontramos un puñado de intentos que no han frugado en soluciones efectivas de intercambio capaces de reprimir la evasión fiscal *offshore*.

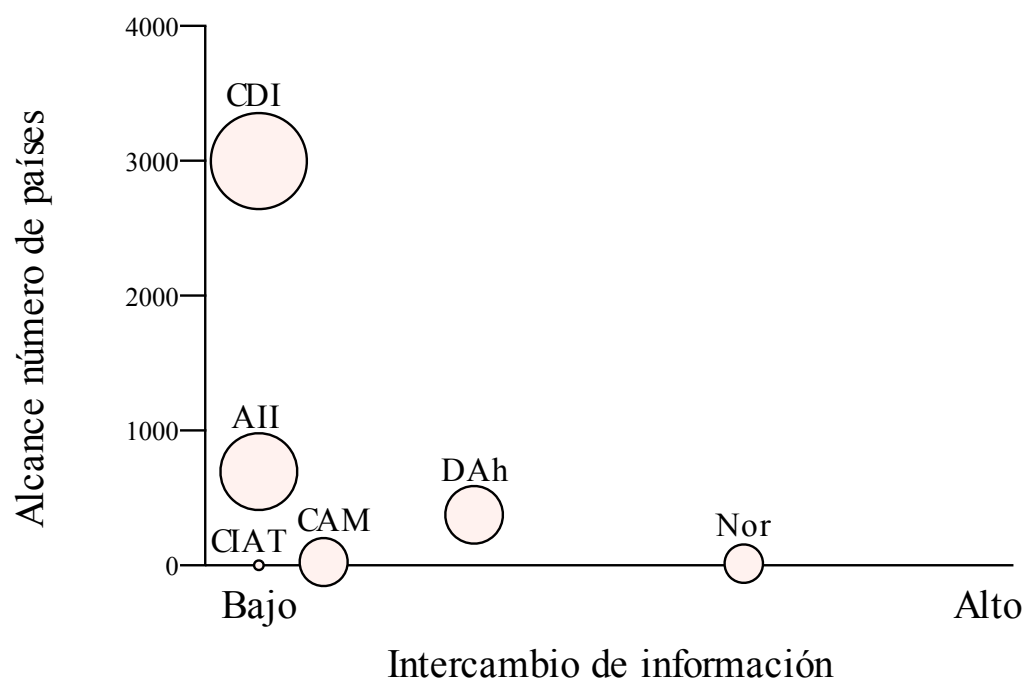
¹⁸⁹ Supeditando el canal de información a los servicios financieros que se verán constreñidos a su participación so pena de quedar fuera de mercados y operativas financieras necesarias.

En la Figura 5 a continuación pretendemos mostrar mediante el reflejo en un diagrama la posición que ocuparía cada una de las soluciones multilaterales aquí expuestas consideradas las variables por alcance sobre número de países e intercambio (automático) de información fiscal. La posición sería considerada en 2010 como el año de cierre de la etapa analizada en este capítulo.

Se considera, a efectos de desarrollar el diagrama, la modalidad automática como intercambio de información de mayor valor, mientras que tendrán un valor menor los instrumentos en los que el intercambio de información es bajo requerimiento.

El eje Y contiene el alcance del instrumento medido por número de países que lo aplican. Igualmente la amplitud de la burbuja refleja un mayor o menor alcance de países.

Figura 5: Diagrama intercambio automático y alcance 2010



CDI	Convenio Doble Imposición	CIAT	Centro Interamericano de Administraciones Tributarias	DAh	Directiva del Ahorro
AII	Acuerdo de Intercambio de Información	CAM	Convención de Asistencia Mutua del Consejo de Europa y la OCDE	Nor	Convenio Nórdico de Intercambio de Información

Fuente: Elaboración propia

Como se observa en el diagrama, los instrumentos representados por el CDI y el AII quedan bajos en la escala de intercambio de información al ser en la práctica el único intercambio llevado a cabo el realizado bajo requerimiento, no obstante alcanzan valor en el alcance por número de países, sobre todo los convenios de doble imposición debido al importante número de CDI y AII firmados entre los países. Como veremos, en materia de intercambio de información, tanto CDI como AII tendrán un papel fundamental en la siguiente etapa, no como instrumentos propios de intercambio de información, sino como instrumento legitimador del intercambio que será desarrollado bajo el amparo de nuevos instrumentos.

Los acuerdos de la CIAT también quedan bajos en la escala de intercambio, puesto que el intercambio automático previsto en el acuerdo CIAT no ha sido puesto en uso por los países, pero además quedan bajos en la escala de alcance al ser muy reducido el número de acuerdos de intercambio de información firmados bajo el modelo CIAT.

Similar efecto tiene la CAM del Consejo de Europa y la OCDE, aunque se supone que debería estar en la parte superior derecha por alcance e intercambio. Sin embargo, en esta primera etapa, con solo 10 firmantes y sin recoger expresamente los mecanismos y estándares de intercambio automático queda limitado en la parte inferior izquierda.

El Convenio Nórdico garantiza y efectivamente pone en práctica el intercambio automático de información aunque lo realiza entre pocos países. Lo mismo ocurre con la Directiva del Ahorro que quedaría alto en la escala de intercambio, pero bajo en la de alcance, al limitarse únicamente a Estados miembros de la UE.

Este diagrama será comparado con el resultante de la situación actual en el capítulo V.

4. CONSIDERACIONES FINALES

En el período 1981-2010 se definen los tres actores principales

Del análisis de las políticas e instrumentos de lucha contra la evasión fiscal se concluye que existen tres actores principales: los EE.UU., la UE y la OCDE.

El primero de ellos se caracteriza por ser el máximo exponente de medidas unilaterales de lucha contra la evasión fiscal y haber puesto el énfasis de sus políticas e instrumentos en el intercambio de información fiscal con otros países y entidades financieras. Su alineamiento con la OCDE no ha sido siempre claro (a diferencia de la UE), habiendo tomado decisiones contrarias a los intereses de esta organización internacional. El factor político se convierte en relevante dentro de los EE.UU. en las tomas de decisiones sobre políticas internacionales, principalmente, como hemos observado, en materia fiscal.

La UE tiene un doble interés en sus políticas fiscales, ya que la propia naturaleza de organización supranacional convierte la armonización en una de sus prioridades, pero a la vez pretende luchar contra la competencia fiscal dañina y para ello promueve políticas internacionales más allá del propio espacio europeo que serán llevadas a cabo por la OCDE. La Directiva del Ahorro es la consecuencia de las dos pretensiones comentadas (armonización-competencia dañina).

La OCDE se ha convertido en el foro principal de las políticas fiscales internacionales de lucha contra la evasión fiscal a raíz de su campaña de lucha contra la competencia

fiscal nociva. Desde este momento en adelante se convertirá en el principal actor de políticas e instrumentos de lucha contra la evasión fiscal internacional de carácter multilateral.

Distintos niveles de políticas e instrumentos contra la evasión fiscal

Las políticas e instrumentos se pueden diferenciar en tres tipos:

- Principios de Fiscalidad Internacional: definidos a lo largo de la creación del sistema fiscal internacional sirven para informar la estructura de la fiscalidad internacional en su totalidad, como conjunto de normas básicas. Sus conceptos afectan igualmente a las políticas y los instrumentos de lucha contra la evasión fiscal internacional, en cuanto conjunto de normas o recomendaciones que no pueden no atender en su elaboración el contenido de aquellos. Entre ellos destaca: el principio de tributación en el Estado de la fuente y en el de la residencia, el principio de alivio de la doble imposición mediante crédito o exención y el principio de establecimiento permanente.
- Normas aceptadas y ampliamente aplicadas: fueron desarrolladas a partir de las primeras políticas e instrumentos utilizados en la lucha contra la evasión fiscal en los años sesenta y setenta. Pensadas para limitar abusos de las planificaciones fiscales internacionales, hoy son parte de las normativas de gran parte de los países. Los precios de transferencia, la transparencia fiscal internacional, abuso de tratado, la subcapitalización e incluso la carga de la prueba en aquellos contribuyentes que operan en paraísos fiscales son ejemplo de estas normas aceptadas y ampliamente aplicadas.
- Políticas e instrumentos de lucha directa contra la evasión fiscal internacional: no son ampliamente aplicadas ni aceptadas, siendo más bien objeto de negociación entre los países debido al litigio sobre elementos de fricción que comprenden, principalmente, disputas en torno a la soberanía, dificultades de negociación e implementación debido a la desigualdad entre los países, inadecuación de las instituciones que proponen y gestionan la aplicación de la política o instrumento o alcance limitado de las mismas. Pueden llegar a convertirse en normas aceptadas en caso de que la negociación sea exitosa y tengan un amplio alcance. El intercambio (automático) de información o las limitaciones a las prácticas dañinas son algunas de estas políticas e instrumentos de lucha directa contra la evasión fiscal internacional.

Las políticas e instrumentos de la etapa 1981-2008 no frenaron la evasión fiscal internacional

Ninguna de las políticas e instrumentos utilizados para frenar la evasión fiscal internacional durante la etapa analizada fueron capaces de contener la evasión. Las limitaciones del propio sistema vienen marcadas por: (i) la soberanía de las jurisdicciones; (ii) la globalidad del mercado internacional; (iii) la inadecuación de las organizaciones y (iv) las desigualdades entre los países. Dichas limitaciones no fueron superadas por las políticas e instrumentos utilizados.

Las medidas unilaterales de los EE.UU. no consiguieron superar la limitación geográfica ni las diferencias con los Estados (menos desarrollados) con los que pretendía negociar. Estos Estados prefirieron mantener su estatus de paraíso fiscal antes de negociar la desaparición de esta condición (unilateralmente con los EE.UU.) a cambio de insignificantes beneficios fiscales.

La UE con su Directiva del Ahorro como principal instrumento de lucha contra la evasión fiscal no superaba la limitación geográfica. Algo lógico por ser una organización supranacional exclusivamente europea.

Por último la OCDE no fue capaz de superar con ninguna de sus propuestas las distintas limitaciones. Ni la de la soberanía, en la que falló estrepitosamente en la campaña de competencia fiscal nociva, ni en la referente a la globalidad, la cual intentó con la CAM pero fue en exceso limitada, tampoco como organización, puesto que la necesidad de participación global en las propuestas quedaba absolutamente fuera del guión de la OCDE y mucho menos en las diferencias de los países al no negociar ni tener en cuenta las diferencias y necesidades de los países no OCDE a los que pretendía dirigir recomendaciones y exigir comportamientos.

En definitiva, las políticas e instrumentos de la etapa 1981-2008 fallaron porque no se diseñaron teniendo en cuenta la necesidad de superar las limitaciones impuestas por el sistema.

La OCDE se transforma en una organización más global y cooperativa que permitirá la evolución del sistema fiscal internacional

Desde los orígenes como organización para el desarrollo económico, pasando por el proceso de elaboración de los Modelos de CDI y hasta su conversión, ya en los años 90, en principal agente de la fiscalidad internacional, la OCDE ha acumulado

experiencia como organización internacional que la han convertido en el principal foro de lucha contra la evasión fiscal internacional. Sin embargo, no será sino como consecuencia del fracaso de su primer gran intento de regular contra la evasión fiscal internacional cuando se produce una transformación necesaria que se plasma en la apertura global de sus instituciones, la cooperación y la negociación multilateral.

La OCDE sucumbió en su intento de acotar la competencia fiscal nociva al ser acusada, entre otras cosas, de intervencionista y parcial. No pudo la OCDE deshacerse de estas acusaciones, más aun cuando los EE.UU. argumentaba su renuncia a la campaña de competencia fiscal nociva utilizando prácticamente dichos argumentos. Desde entonces la OCDE retiró sus propuestas de adaptación de regímenes fiscales hacia esquemas menos competitivos para centrar su política fiscal internacional en desarrollar una nueva red de acuerdos, en este caso de intercambio de información, entre los Estados y los paraísos fiscales y CFO.

No obstante, no tenía sentido pensar que una nueva red de acuerdos pudiera limitar la evasión fiscal a la luz de la experiencia que la red de convenios ofrecía: de nada sirvió la red de convenios para limitar la evasión fiscal internacional y de poco (o nada) serviría la red de acuerdos de intercambio de información si utilizaba un sistema de intercambio idéntico al convencional.

Sin embargo la OCDE aprovechó esta tregua con los paraísos fiscales y CFO para transformar la institución, haciéndose más global, fomentar la cooperación y negociar con una mayor amplitud de países y territorios. Los territorios *offshore* participaron en el desarrollo del modelo de acuerdo de intercambio de información y la OCDE utilizó dicha colaboración para desarrollar un escenario de cooperación con visos globales que servirá para el desarrollo de las propuestas que vendrán a raíz de FATCA.

El hecho de que los países del G20 y la UE vieran en la OCDE la organización ideal para desarrollar su plataforma de intercambio automático de información multilateral hicieron evolucionar el diseño de las políticas de lucha contra la evasión fiscal. A partir de esta transformación la OCDE se convierte en una organización que reúne muchas de las características para operar en el sistema fiscal internacional de forma eficiente. El cambio que supondrá FATCA en la lucha contra la evasión fiscal y la

evolución del sistema se verá definitivamente impulsado por el nuevo liderazgo de la OCDE como foro de la fiscalidad internacional.

Intercambio de información es necesario como instrumento de lucha contra la evasión fiscal internacional

El intercambio de información ha sido el común denominador de las políticas e instrumentos de lucha contra la evasión fiscal internacional. Prácticamente la totalidad de las propuestas, ya fueran estas unilaterales, bilaterales o multilaterales, para frenar la evasión fiscal *offshore* exigen la necesidad de que las jurisdicciones (y cada vez más las entidades financieras) suministren información fiscal.

De esta etapa se sacan dos conclusiones principales sobre el intercambio de información:

- El intercambio de información debe trascender el modelo convencional: se ha demostrado a lo largo de esta etapa que el intercambio de información regulado en los convenios y acuerdos de intercambio de información no limita la evasión fiscal internacional. A tal efecto, dos transformaciones deberían considerarse:
 - a) Mayor alcance del intercambio de información que el provisto por la red de convenios.
 - b) Mayor eficiencia de las cláusulas convencionales de intercambio de información.
- El intercambio de información debe ser automático: para lo cual se precisa de instrumentos de desarrollo del mismo. A estos efectos, el intercambio automático puede ser regulado como instrumento nuevo, o valerse de la estructura convencional ya existente.

CAPÍTULO IV: FATCA

El sistema fiscal internacional de lucha contra la evasión fiscal está formado por un conjunto de principios y reglas que se expresan en normas unilaterales de los países, acuerdos bilaterales entre estos y medidas en forma de recomendaciones y campañas de organizaciones multinacionales. Todas estas normas, acuerdos y medidas, como conjunto de políticas e instrumentos en equilibrio componen el sistema fiscal internacional en un momento determinado. La aparición de nuevas políticas o instrumentos, o el cambio de los ya establecidos pueden alterar el equilibrio, lo que llevaría a configurar un nuevo sistema internacional de lucha contra la evasión fiscal internacional por evolución.

Si el sistema fiscal está formado por este conjunto de políticas e instrumentos que evolucionan según el momento histórico, económico y social, los actores son operadores activos del mismo que utilizarán los medios a su alcance estratégicamente para intentar alcanzar sus objetivos. En este sentido, las actuaciones del pasado influyen en la toma de decisiones del presente, esto es, las políticas e instrumentos del pasado (y las consecuencias de su aplicación) tendrán influencia en las nuevas políticas e instrumentos de los actores para luchar contra la evasión fiscal.

Si las políticas e instrumentos aplicados fallaron por obstáculos exógenos, los actores diseñarán nuevas políticas e instrumentos que puedan superar o evitar estos obstáculos. Si el fallo se produjo por desacierto en la construcción de la política o instrumento, los actores diseñaran políticas e instrumentos mejor elaborados. Esto es, los actores cambiarán sus estrategias en función de las experiencias del pasado con la finalidad de hacer sus políticas e instrumentos más efectivos.

Los actores de la fiscalidad internacional se caracterizan por su funcionalidad, su capacidad de captar recursos para la consecución de determinados objetivos y la capacidad de ejercer influencia en el comportamiento de otros actores internacionales (García Segura, 1992).

También son capaces de establecer redes a través de la negociación y de la emisión de políticas e instrumentos interconectados que les permitan mejorar la ejecución de sus objetivos de lucha contra la evasión fiscal consiguiendo la realización de efectos de red.

Evolución del sistema, actuaciones de los actores, influencia de éstos y la posibilidad de generar sistemas mejor interconectados son aspectos que interesa analizar en este trabajo. En primer lugar se va a marcar un hito a partir del cual se observa el cambio que suponga una evolución del sistema fiscal internacional. Este hito será la aprobación de la Ley FATCA de los EE.UU.

Lo anterior no significa que FATCA sea el único elemento causal de la evolución del sistema fiscal internacional, sino que representa por su trascendencia estratégica, un punto de inflexión que tiene como gran virtud haber conseguido un consenso entre los países, denotando una capacidad de influencia del actor, pero también de la medida.

FATCA se antoja elemento indispensable para explicar la evolución del sistema, las actuaciones de los actores y las interconexiones e influencias objeto de estudio. En consecuencia analizaremos FATCA como norma interna de los EE.UU., pero también los aspectos jurídicos de su necesario efecto extraterritorial. Los aspectos sociales, políticos y económicos son elementos indispensables para una mejor comprensión de FATCA, por lo que serán objeto de estudio. Por último su impacto en el sistema fiscal internacional, que comienza por su implementación. Cuantificar a dónde llega FATCA es esencial para valorar su capacidad de influencia.

A tal efecto, comenzamos el capítulo con un análisis de la relación de los EE.UU. con los otros actores en la fiscalidad internacional elegidos en esta tesis: la UE y la OCDE. Se toma FATCA como hito, nexo de unión e instrumento dinamizador de las políticas fiscales internacionales emergentes de lucha contra la evasión fiscal.

La segunda parte del capítulo se dedica a analizar FATCA como norma. Sus antecedentes, contenido e implementación. Se destacarán las dificultades a las que ha debido enfrentarse y su imposición final. Por último se explicarán las razones del éxito de implementación y el amplio alcance conseguido.

El capítulo acaba con un análisis de las singularidades políticas y económicas de los EE.UU. que podrían eventualmente concluir en la derogación de FATCA y en la retirada de apoyo (una vez más) de los EE.UU. a las políticas internacionales de lucha contra la evasión fiscal.

1. MOMENTO EVOLUTIVO Y REACCIONES ANTE FATCA

1.1. MOMENTO EVOLUTIVO

Itai Grinberg en 2012 ya hablaba de un momento evolutivo para el sistema fiscal internacional “*Beyond FATCA: An evolutionary moment for the international tax system*” (Grinberg, 2012c). Otros más recientemente como Kudrle (2014) concluirán, en referencia a la OCDE, que “ha evolucionado en poco más de una década desde lo que fue su actuación ampliamente considerada como afrenta imperialista a un órgano colegiado que está cambiando la cooperación desde la bilateralidad y el intercambio de información bajo requerimiento hacia un tratado multilateral mucho más amplio con gran énfasis en el intercambio automático. Esta tendencia es poderosamente reforzada por la iniciativa unilateral estadounidense FATCA que demanda niveles de identificación e intercambio de información sin precedentes y que ha generado reacciones paralelas en otros Estados”.

En un coloquio en la escuela de derecho de la Universidad de Washington en el año 2013¹⁹⁰ la discusión giraba en torno a lo que consideraban un momento decisivo en el régimen fiscal internacional y lo ligaban estrechamente a FATCA. Aunque el propio concepto de régimen fiscal internacional no ha venido siendo aceptado por la doctrina estadounidense de forma unánime se utilizaba aquí como supuesto inequívoco, lo cual pone de relieve la tendencia hacia el reconocimiento de un sistema multilateral para enfrentar el problema de la evasión y elusión *offshore*

Tres elementos se destacan de los anteriores trabajos: (1) FATCA marca un (2) momento evolutivo que afecta (3) globalmente al sistema fiscal internacional. Esto es, un país con un individualismo connatural tomó una decisión puramente unilateral que se convirtió en la causa de que el resto de actores internacionales comenzaran a trabajar en nuevas soluciones multilaterales.

Un análisis sobre FATCA, por tanto, debe trascender el estudio de la norma como derecho positivo, como instrumento unilateral. Sin dejar de lado el interés en la norma, surge un interés mayor por analizar su impacto en las políticas fiscales

¹⁹⁰ El título del coloquio era “*Conceptualizing a New Institutional Framework for International Taxation*” y el panel estaba formado por Allison Christians, Itai Grinberg, Michael Lennard, Diane Ring, Adan Rosenzweig y Lee Sheppard (Washington University Journal of Law & Policy, 2014)

internacionales, en el cambio, la evolución de los actores y del sistema fiscal internacional de lucha contra la evasión fiscal.

Volviendo al coloquio, la narrativa que utiliza Itai Grinberg para explicar la situación de colaboración internacional, el compromiso de los principales países y la aceptación de FATCA merece ser reproducido: comienza con el impacto que causaron los escándalos de evasión fiscal del año 2008¹⁹¹ y como los mismos hicieron que la evasión fiscal internacional se convirtiera en una de las principales preocupaciones del G20 cuando hasta entonces la evasión fiscal internacional había sido solo un asunto de administraciones tributarias.

Entonces hubo una primera respuesta multilateral amenazando a las jurisdicciones que mantenían el secreto bancario para aceptar unos estándares mínimos de intercambio de información bajo requerimiento. Poco después la mayoría de los países desarrollados que comenzaron a aplicar estas reglas que le permitían solicitar información solo, y solo si conocían sobre qué contribuyente preguntar (persona física, algún familiar o la sociedad interpuesta) y en qué banco éste (o éstos) tenían la cuenta, se dieron cuenta de que el sistema era bastante inadecuado.

Los países demandaban algo más sistemático. Así que ese interés compartido en una respuesta multilateral les llevó a la estrategia que había planteado los EE.UU. para luchar contra la evasión fiscal internacional (esto es, FATCA).

Decía Itai Grinberg que la estrategia combinada resultante era la cooperación internacional con un componente muy agresivo unilateral.

El enfoque estadounidense consistía en requerir directamente a las instituciones financieras que entregaran la información fiscal de sus contribuyentes a su administración tributaria, con independencia de las restricciones de la ley doméstica del lugar donde estuviera la institución financiera y bajo la amenaza de imponer a las instituciones no cumplidoras una retención sobre la mayoría de los pagos provenientes de los EE.UU.

¹⁹¹ Hubo dos escándalos de evasión fiscal que despertaron el interés no solo de la prensa, por el sensacionalismo de los casos en sí, con diamantes ocultos en la pasta de dientes para ser sacados de los EE.UU. o la compra de listas de evasores fiscales a un informático insatisfecho con las actuaciones de su banco al que se recompensa con dinero y nueva identidad y nueva vida, sino también de los principales gobiernos y sobre todo al de los EE.UU. Estos fueron los casos de Liechtenstein Global Trust (LGT) y de la Union Bank of Switzerland (UBS).

En conclusión, para los estándares del derecho tributario, la sanción de largo alcance de los EE.UU. a las instituciones financieras por hacer algo que en realidad no viola ni compromisos contractuales ni normas sobre privacidad ni de protección de datos¹⁹² era bastante severa. A la vez el axioma de que en las finanzas modernas todos los mayores operadores tienen intereses en los EE.UU. reforzaba la medida. En consecuencia, las multinacionales financieras se encontraban entre la espada y la pared.

Al mismo tiempo, los otros países analizaban la legislación estadounidense y pensaban cómo gestionarla, por su parte y por la de sus instituciones financieras, siendo además conscientes de que FATCA era unilateral y, en principio, no recíproca. Aquí concluye Grinberg que el desagrado con la naturaleza unilateral de FATCA combinado con el deseo compartido de atajar la evasión fiscal *offshore* ha producido un dialogo multilateral y que la cuestión internacional a partir de ahora es cómo emular la legislación FATCA para hacerla implementable (no obligando a terceras partes a violar la ley local) y más recíproca (implicando a más países que solo los EE.UU.) lo que se ha convertido en un diálogo mundial sobre FATCA pero también sobre cómo construir un sistema multilateral efectivo basado en FATCA para luchar contra la evasión fiscal internacional de forma global y no solo en los EE.UU.

Se trata de una visión muy “estadounidense-centrica”, pero sirve para introducir el análisis que se pretende llevar a cabo en este capítulo y el siguiente. Por un lado, qué representa FATCA y por otro cuál es la influencia que ha tenido sobre el sistema fiscal internacional de lucha contra la evasión fiscal.

Sí es cierto que a raíz de FATCA se observa un cambio dramático en la consideración del intercambio de información fiscal internacional, que pretende convertir este instrumento en su faceta multilateral como la pieza clave del sistema fiscal internacional para luchar contra la evasión fiscal. También es cierto que a partir de la aprobación de FATCA, el G20, con sus primeros ministros a la cabeza, adquirirían compromisos para llevar adelante una cooperación internacional para luchar contra la

¹⁹² Efectivamente no entregar información de clientes que pudiera ser confidencial no violaba ninguna de estas.

evasión fiscal internacional sin precedentes y decidieron que la OCDE sería la organización internacional encargada de dar forma a esta cooperación.¹⁹³

Una de las consecuencias de FATCA desde el punto de vista de estándares globales en materia de fiscalidad internacional ha sido la confirmación de que puede existir compromiso amplio ante la evasión fiscal internacional¹⁹⁴ y que orientando correctamente el alcance de las propuestas se podría conseguir una red de regulación internacional o al menos unos estándares globalmente aceptados que la pongan freno.

1.2. REACCIONES

Existe una coincidencia temporal entre FATCA y las reactivaciones por parte de la OCDE de dos de sus propuestas más importantes en intercambio de información y lucha contra la evasión fiscal internacional, esto es, la CAM, cuya enmienda entró en vigor en junio de 2010 y el Foro Global cuya reunión de México en septiembre de 2009 fue el momento crucial para su reestructuración como una organización de consenso donde todos sus miembros están en posición de igualdad.¹⁹⁵

El objetivo de la OCDE desde entonces consiste en desarrollar las instituciones precisas que respalden el intercambio de información automático sobre una base multilateral y para alcanzar dicho objetivo se propone desarrollar unos estándares de intercambio de información mínimos que sean cumplidos por los países.¹⁹⁶ En el informe de 2014 “*Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters*” (OECD, 2014b) dice que el estándar, con la intención de maximizar la eficiencia y reducir el coste para las entidades financieras, está trazado extensivamente en el enfoque intergubernamental para la implementación de FATCA. La influencia de FATCA en las actuaciones presentes de la OCDE queda patente.

¹⁹³ No solo a través del Foro Global y la CAM como instituciones clave de cooperación y promoción del intercambio de información global, sino también mediante la más reciente y compleja campaña contra la erosión de bases fiscales y el traslado de beneficios (BEPS).

¹⁹⁴ El hito de firmar, a mayo 2016, acuerdos con 82 países (75 Modelos 1 y 8 Modelos 2) y alcanzar acuerdos con otros 30 para firmarlos (24 para Modelos 1 y 6 para firmar Modelos 2) supone alcanzar un compromiso casi global en un problema totalmente individual. <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA-Archive.aspx>

¹⁹⁵ <http://www.oecd.org/tax/transparency/abouttheglobalforum.htm>

¹⁹⁶ Específicamente en el informe “*Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters*” habla de su sistema como estándar mínimo, considerando que ya están en vigor sistemas de intercambio de información automático y que la acción de la OCDE no quiere restringir en ningún caso la misma, esto es las jurisdicciones pueden decidir intercambiar información más allá del estándar mínimo establecido por la OCDE.

La UE también ofrece respuestas a la ley FATCA que denotan su influencia. Estas respuestas se pueden observar, por ejemplo, en la carta que los cinco ministros de finanzas de los principales países de la UE (Alemania, España, Francia, Italia y Reino Unido) enviaron al comisario de fiscalidad, Algirdas Šemeta (G5 Financial Ministers, 2013). En la carta los ministros ponían de manifiesto su colaboración con el gobierno de los EE.UU. en el desarrollo del modelo acuerdo intergubernamental para la aplicación de FATCA y su deseo de desarrollar intercambio de información multilateral con los EE.UU. y pedían al comisario trabajo más amplio a nivel internacional apuntando la transparencia fiscal como el elemento importante en la lucha contra la evasión fiscal. Consideraban igualmente que la promoción del acuerdo como nuevo estándar internacional y la colaboración entre los países debería conducirles a un marco multilateral de lucha contra la evasión fiscal. Finalmente solicitaban la implementación del artículo 8 de la Directiva 2011/16/UE de cooperación y asistencia mutua (Directiva de Cooperación) que recoge la obligatoriedad del intercambio automático de información y la reforma de la Directiva del Ahorro del 2003.

Además, la Directiva de Cooperación fue enmendada por la Directiva 2014/107/UE del Consejo de 9 de diciembre de 2014 que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere a la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad.

La referencia a FATCA en la Directiva 2014/107/UE aparece desde el inicio, recogiendo, por ejemplo, en su considerando 7 que el hecho de que haya Estados miembros que hubiesen celebrado o estén a punto de celebrar acuerdos con los Estados Unidos de América relativos a la FATCA implica que tales Estados miembros están ofreciendo, o se disponen a ofrecer, una cooperación más amplia en el sentido del artículo 19 de la Directiva 2011/16/UE (nación más favorecida), y que están o van a estar obligados a ofrecer asimismo esa cooperación más amplia a otros Estados miembros.

Ante la posibilidad de una FATCA aplicada entre los Estados miembros por derivación, la UE decide aprobar su propia FATCA. En conclusión, aceptan la aplicación de FATCA en sus territorios y además simulaban FATCA utilizando sus soluciones en sus propias estructuras. La influencia es manifiesta.

La Directiva del Ahorro ha sido enmendada por la Directiva 2014/48/UE del Consejo de 24 de marzo de 2014 por la que se modifica la Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses, que alude a la limitación del alcance de la Directa del Ahorro como justificación de la enmienda. Incrementa los productos financieros y los sujetos que quedan sometidos al intercambio de información, incluyendo cláusula de beneficiario efectivo. La aproximación a FATCA aquí es también evidente.

Si las actuaciones del pasado influyen en la toma de decisiones del presente y los actores actúan estratégicamente para alcanzar sus objetivos, observar los procesos que marcan la evolución en los actores nos ayudará a entender mejor cuáles son las auténticas razones del cambio y cual es la incidencia de FATCA en la lucha contra la evasión fiscal internacional.

Los EE.UU. evolucionaron desde un instrumento que se mostró ineficaz para contener los casos de evasión fiscal internacional como lo fue la QI. La UE desde una Directiva que era insuficiente y fácilmente evitable por aquellos que quisieran evadir impuestos. La OCDE desde una mal diseñada Convención para intercambiar información. Tres instrumentos que tras su aplicación demostraron no funcionar para el cumplimiento de su objetivo y que FATCA los ha transformado.

2. ANÁLISIS Y DESCRIPCIÓN DE FATCA: LA REACCIÓN DE LOS EE.UU. A LA EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL

2.1. ANTECEDENTES

Desde la retirada de apoyo de los EE.UU. a la campaña de competencia fiscal dañina de la OCDE se produjeron una serie de acontecimientos que propiciaron una serie de sucesos convulsos y que finalizaron en la aprobación del *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA), promulgado en 2010 como parte del *Hiring Incentives to Restore Employment Act* (HIRE).

Antes de iniciar el análisis de la norma FATCA vamos a ver cuáles fueron las actuaciones de los EE.UU. en la lucha contra la evasión fiscal internacional durante el periodo transcurrido desde la toma de la iniciativa por parte de la OCDE en 1998 y el momento inmediatamente anterior a la aprobación de FATCA.

El punto de inflexión en la caída de la campaña de competencia fiscal dañina fue la retirada de apoyo de la administración Bush, lo cual cambió mucho los objetivos de la

OCDE en la lucha contra la evasión fiscal internacional y poco menos que algo los objetivos de los EE.UU. en el mismo aspecto.

La campaña de competencia fiscal dañina había sido apoyada e incluso liderada por la administración Clinton, concretamente por su Secretario del Tesoro, Lawrence Summers.¹⁹⁷ De hecho, en su último presupuesto, en febrero de 2000, la administración propuso aprobar regulación que requiriera el reporte de información de los pagos a los paraísos fiscales así como denegar créditos por impuesto extranjero asociado con ingresos provenientes de paraísos fiscales. Estas dos propuestas estarían muy en la línea de las medidas defensivas de la OCDE.

Siguiendo a Sullivan (2007), existen evidencias de que la administración Bush no se opuso inmediatamente a la iniciativa de la OCDE. En la cumbre del G7 de Palermo en febrero de 2001 (poco después de tomar George W. Bush posesión de la presidencia de los EE.UU.) el nuevo Secretario del Tesoro, Paul O'Neill firma el 22 de febrero de 2001, junto con los otros ministros de finanzas del G-7 un comunicado en Palermo (Italia) reafirmando el apoyo americano a la iniciativa de la OCDE sobre paraísos fiscales.¹⁹⁸

No obstante, inmediatamente antes, el 17 de febrero, el propio O'Neill en una rueda de prensa tras la reunión del G7 anunciaba mediante declaración la incertidumbre sobre el apoyo sin condiciones a la campaña de competencia fiscal dañina al estar la misma bajo supervisión, y destacaba los intereses del nuevo gobierno de los EE.UU. por el intercambio de información como instrumento de lucha preferencial frente a la evasión fiscal internacional. Diría O'Neill que aunque ciertos aspectos de la lucha contra la evasión fiscal internacional conforme a la campaña de la OCDE estaban

¹⁹⁷ Suya sería la declaración: *"The identification of tax havens and potentially harmful tax regimes is a crucial step in preventing distortions that could undermine the benefits of enhanced capital mobility in today's global economy... We encourage all countries to follow the example set by the OCDE members countries... that have committed to eliminate harmful tax practices"* Treasury Secretary Welcomes OECD Report on Harmful Tax Competition, US Department of the Treasury, June 26, 2000.

¹⁹⁸ *"We reaffirm our support for the efforts of [the] OECD to address harmful tax practices. We encourage the OECD to continue its efforts. We encourage the efforts of the OECD member countries to meet their commitments. We welcome the cooperative dialogue which has been established with countries and jurisdictions outside the OECD area. We welcome the new commitments made by some jurisdictions to eliminate their harmful tax practices by the end of 2005. We encourage others to make early commitments, so that as few jurisdictions as possible are included in the list of uncooperative tax havens which we look forward to examining at the Genova Summit. We encourage all OECD governments to consider offering, under the auspices of the OECD and other international organizations, technical assistance to cooperating jurisdictions, if needed to comply with their commitments."* <http://archive.freedomandprosperity.org/Articles/tn04-17-01/tn04-17-01.shtml>

siendo revisados por la nueva administración, especificaba ya su apoyo puntualmente a la transparencia y la cooperación para conseguir un efectivo intercambio de información.¹⁹⁹

Más aun, en una carta anterior a estos comunicados del Secretario del Tesoro, uno de sus asistentes, Mark Weinberger escribía una carta al Senador republicano Don Nickles recomendando, que a pesar de los éxitos de las políticas unilaterales de los EE.UU., se deberían coordinar los esfuerzos con los otros países que sufren el efecto de la competencia fiscal dañina a través de foros multilaterales como la OCDE.²⁰⁰

A pesar de este apoyo inicial a la campaña de competencia fiscal dañina, la nueva administración en mayo de 2001 retirarían el apoyo a la campaña de la OCDE. Esta se produjo en una declaración del Secretario del Tesoro Paul O'Neill el 10 de mayo de 2001, en la que diría que tras una re-evaluación de la participación de los EE.UU. en la campaña de la OCDE de prácticas fiscales nocivas tenían serias preocupaciones sobre la dirección que estaba tomando la campaña y que tenían problemas al admitir que los impuestos bajos son sospechosos y perseguidos por un grupo de países interfiriendo en las decisiones de un país sobre cómo estructurar su sistema fiscal. También lanzaba su preocupación sobre el tratamiento injusto a países no OCDE.²⁰¹ Por último sí hacía un llamamiento a la lucha contra la evasión fiscal de aquellos que esconden beneficios en cuentas en el extranjero y la facilidad que internet había brindado a todos aquellos que quisieran utilizar estos servicios que fomentaban la

¹⁹⁹ “While I indicated to my colleagues that certain aspects of these efforts are under review by the new Administration, I support the priority placed on transparency and cooperation to facilitate effective tax information exchange”

²⁰⁰ “Countries generally should not engage in practices that make it easier for other countries' laws to be broken or frustrated. With respect to our tax laws, those practices might include bank secrecy rules or an unwillingness to exchange tax information with us that would permit taxpayers more readily to evade our laws. In this respect, we are mindful of the views expressed by the Senate Foreign Relations Committee in late 1999 regarding its opposition to any softening of the United States' commitment in the context of tax treaties to full tax information exchange, including information otherwise protected by bank secrecy rules.

The United States has historically sought to persuade other countries to modify practices that obstruct the enforcement of the tax laws enacted by Congress. Although the United States has enjoyed considerable success in that regard independent of the efforts of other countries, there may be some value in coordinating our efforts with those of countries with similar concerns through multilateral forums like the OECD.”

<http://www.taxanalysts.com/www/features.nsf/Articles/F3AA18739F0EFF008525744B0066459B?OpenDocument>

²⁰¹ En línea con una carta que el Congressional Black Caucus, auspiciado por CFP y HF le había hecho llegar al Secretario O'Neill durante la campaña de lobby y que decía sobre la campaña de competencia fiscal nociva: “threatens to undermine the fragile economies of some of our closest neighbors and allies”.

evasión, que diría, ya no es solo un beneficio para los ricos, sino que cualquiera puede utilizar un bróker situado en un paraíso fiscal y comprar producto financiero sin declarar las rentas en sus impuestos. A raíz de ahí consideraba la forma de lucha contra este tipo de evasión a través del intercambio de información y de la cooperación, poniendo como ejemplo el acuerdo de intercambio de información con las Islas Caimán.

En definitiva, la estrategia seguida por los EE.UU. desde aquel momento se contempla en el último párrafo de la declaración de O'Neill al decir que: "Donde compartimos objetivos comunes, vamos a seguir trabajando con nuestros socios del G-7 para alcanzarlos. No obstante, la iniciativa de la OCDE debe ser reorientada hacia el elemento central que es nuestro objetivo común: la necesidad de que los países puedan obtener información específica de otros países bajo requerimiento con el fin de prevenir la evasión fiscal. En su forma actual, el proyecto es demasiado amplio y no está alineado con las prioridades económicas y fiscales de esta administración."²⁰²

De un análisis global de los acontecimientos en la lucha contra la evasión fiscal internacional en el período de tiempo que abordamos en esta tesis no podemos concluir que la decisión de los EE.UU. en palabras de su entonces Secretario del Tesoro Paul O'Neill haya sido una traba para el avance de las políticas e instrumentos de lucha.

Por una parte, la decisión de retirar el apoyo no debe entenderse como total, ya que una parte importante de la campaña, aquella relacionada con la transparencia y el intercambio de información seguía contando con el apoyo de los EE.UU.²⁰³

Por otro lado, sí existía un compromiso desde la administración de los EE.UU. de lucha contra la evasión fiscal. En la carta enviada por Paul O'Neill a los ministros del G7 explicando su posición expresaba lo siguiente:

²⁰² "Where we share common goals, we will continue to work with our G7 partners to achieve these goals. The work of this particular OECD initiative, however, must be refocused on the core element that is our common goal: the need for countries to be able to obtain specific information from other countries upon request in order to prevent the illegal evasion of their tax laws by the dishonest few. In its current form, the project is too broad and it is not in line with this Administration's tax and economic priorities" (O'Neill, 2001)

²⁰³ Dos de los cuatro *key factors* (falta de transparencia y falta de intercambio de información) estaban relacionados con estos aspectos.

“Cuando se sospecha de un contribuyente por evadir las leyes fiscales estadounidenses mediante el uso de entidades *offshore* o cuentas bancarias secretas, a veces necesitamos información de otro país para hacer frente a esa situación. [E]n este sentido, el desarrollo de un marco para llegar a acuerdos de intercambio de información con los países que han mostrado poco interés en cooperar en este sentido en el pasado será valiosa. Las propuestas de la OCDE para promover el mantenimiento de registros adecuados y mecanismos legales para el intercambio efectivo de información cuando sea necesario en casos específicos contribuyen al desarrollo de un marco de este tipo.

Otros aspectos de la iniciativa de la OCDE, sin embargo, van más allá de lo necesario para hacer cumplir nuestras respectivas leyes tributarias. La iniciativa de la OCDE implica regímenes de bajos impuestos que pueden ser diseñados para fomentar la inversión extranjera, pero que no tienen nada que ver con la evasión de la ley de impuestos de cualquier otro país. Los países deben tener libertad para adoptar políticas fiscales que estimulen la inversión y promuevan el crecimiento económico. No debemos interferir en la decisión de cualquier otro país sobre cómo estructurar su propio sistema de impuestos cuando ese sistema no sirve como un obstáculo para la aplicación de nuestras propias leyes fiscales.

He llegado a la conclusión de que los Estados Unidos deben tratar de reorientar el proyecto de la OCDE en su elemento central: la necesidad de que los países sean capaces de obtener información específica de otros países a petición con el fin de evitar el incumplimiento de sus leyes fiscales.”

Como apunta Sullivan (2007) estas no son las palabras de alguien que no se preocupa de la evasión fiscal internacional, y además están muy lejos de la diatriba verbal del “*Center for Freedom and Prosperity*” (CFP).²⁰⁴ Opina igualmente que la retirada de apoyo de los EE.UU. ayudó a la OCDE. El esfuerzo carecía de enfoque y algunos de sus objetivos eran dispersos. El intercambio de información efectivo es la clave para luchar contra el secreto bancario.

²⁰⁴ *Lobby* por la competencia fiscal, cuyo presidente, Andrew Quinlan había sido congresista republicano que trabajó con el economista Daniel J. Mitchell, entonces vinculado al otro gran *lobby* conservador americano “*Heritage Foundation*” (HF). Ambas organizaciones habían participado activamente en la campaña presidencial de George W. Bush. Sus teorías proclaman propuestas de carácter económico liberal (libertario, según su propia consideración), apoyadas en bajadas de impuestos, mercados desregulados y el derecho de las soberanías a competir fiscalmente.

La retirada de apoyo de los EE.UU. a la campaña de competencia fiscal dañina no debe ser considerada como tal sino más bien como una reorientación de los objetivos de la OCDE y del resto de Estados desarrollados en la lucha contra la evasión fiscal basada desde ese momento en conseguir intercambio de información efectivo de forma multilateral e incluyendo a las jurisdicciones que actuaban como paraísos fiscales o CFO.

No obstante, de la idea expresada por Paul O'Neill sobre cómo llevar a cabo el intercambio de información hay una quiebra fundamental para obtener éxito: la información no debe ser obtenida bajo requerimiento sino de forma automática.

El propio Sullivan (2007) justificaba la necesidad del intercambio automático para conseguir los objetivos de lucha eficiente contra la ocultación y consiguiente evasión fiscal por parte de los contribuyentes. Mantenía que para ello hace falta una red extensa de AII, la cual entonces era solo una ilusión al haber firmados únicamente 15 AII (y 40 más en proceso) cuando conforme a la suma de países miembros de la OCDE (30) y no miembros pero “socios participantes”²⁰⁵ (33) debería haber una red de AII de 990 (en realidad 445 bilaterales). Entonces decía que muchos años debían pasar de viajes y negociaciones para llegar a esa cifra ideal.²⁰⁶ No obstante, hacía una proyección de ese escenario ideal y ponía a prueba el intercambio de información bajo requerimiento.

Los AII facilitaban la obtención de información de un pequeño número de evasores a través de un proceso problemático de solicitud de información, en el que había que precisar el nombre de la persona, el tipo de información requerida, el período por el que se requería, la posible localización de la información, la ley federal aplicable si el asunto era criminal o civil y la razón por la que se creía que la información solicitada era previsiblemente relevante o material para la administración de los EE.UU.

Para hacer uso de los AII, por tanto, los EE.UU. necesitaban conocer el nombre del evasor fiscal, lo que suponía que el requerimiento de información era solo para corroborar una evidencia ya existente. Esto no ayudaba al IRS a encontrar nuevos evasores fiscales, sino a probar las actuaciones evasoras de los que ya conocían.

²⁰⁵ Aquellos que habían decidido colaborar con la OCDE y que de hecho lo estaban haciendo a través de instituciones como el Foro Global.

²⁰⁶ En este momento, 8 años después la situación es diferente, esos viajes y negociaciones se han producido y la red de AII supera los 700.

En opinión de Sullivan, aunque los AII ayudaban en la disuasión de la evasión fiscal, el conocimiento por parte de las entidades financieras de los mecanismos de intercambio de información junto a la imposibilidad de las demandas especulativas de información proporcionaba confort a los evasores fiscales que sabían que era fácil estar perdido entre la multitud.

Por último pretende justificar la necesidad de intercambio de información automático ofreciendo algunos datos de cumplimiento sobre las estadísticas del IRS: cuando un reporte de información existe, el cumplimiento es del 96%, mientras que si existe baja o nula información el cumplimiento cae al 46%. Extrapolando estos porcentajes al tipo de contribuyente que mantiene posiciones *offshore*, más propenso a la evasión fiscal y considerando que la información *offshore* será necesariamente menos comprensiva que la información bajo requerimiento *onshore*, considera que la tasa de cumplimiento de aquellos que mantienen posiciones *offshore* sin un mecanismo claro de intercambio automático de información caerá aun muy por debajo de ese 46%.

Utiliza Sullivan dos opiniones de apoyo en su justificación de la necesidad de intercambio de información automático, por una lado el testimonio del profesor Avi-Yonah en el Comité Financiero del Senado, en el que apoyaba la renegociación de los AII firmados por los EE.UU. para incluir cláusulas de intercambio automático de información (*Avi-Yonah Testimony for Hearing in Offshore Tax Evasion US Senate Finance Committee*, 2007) y por otro David Spencer, abogado fiscalista de New York y asesor de TJN que decía que la solución al problema de los movimientos de capitales y la evasión fiscal internacional era el intercambio automático de información entre gobiernos.²⁰⁷

Maduraba la idea en los EE.UU. de que su decisión de luchar contra la ocultación y la evasión fiscal internacional mediante el intercambio de información solo sería efectiva si ésta se hacía incluyendo un componente de automatismo.

Los EE.UU. desde 2001 hasta 2010 firmaron 13 AII con paraísos fiscales y CFO²⁰⁸ y elaboraron un procedimiento de control sobre las entidades financieras extranjeras.

²⁰⁷ “The solution to the problem of capital flight and tax evasion in the international context is the automatic exchange of tax information between governments. If governments automatically exchange information about cross border income payments, without the impediment of bank secrecy and confidentiality, it would be difficult for the recipient of the income to evade tax in his/her/its country of residence.”

²⁰⁸ <http://www.oecd.org/tax/transparency/taxinformationexchangeagreementstieasunitedstates.htm>

Sin embargo, ninguna de estas medidas fue lo suficientemente contundente como para frenar la evasión fiscal internacional. Ante el fracaso de estos instrumentos, los EE.UU. tomaron la decisión de aprobar una medida unilateral más agresiva como es FATCA. No obstante, el giro tomado en 2001 de combatir la evasión fiscal internacional a través del intercambio de información no sufrió alteración. La nueva estrategia operará sobre los mecanismos de obtención de la información y no sobre la idea primigenia de obtención de la misma, que sigue inalterable para la administración estadounidense.

2.2. ANÁLISIS DE LA NORMA FATCA:

2.2.1. Justificación de FATCA

Los EE.UU. tienen un sistema fiscal de renta mundial mediante el cual todos los ciudadanos americanos deben pagar impuestos al IRS con independencia de donde residan o cual sea la fuente de sus ingresos.²⁰⁹ Según la Asociación Americana de Residentes Ultramar, en 2015 7,6 millones de estadounidenses vivían y trabajaban fuera de los EE.UU.²¹⁰ The Boston Consulting Group (2013) estima que la riqueza mantenida *offshore*, definida esta como activos mantenidos en un país donde el inversor no tiene residencia ni domicilio fiscal, era de 8,5 billones de dólares en 2012, de los cuales, 0,8 billones eran de estadounidenses.

Fue el *United States Senate Permanent Subcommittee on Investigations* (PSI) el que con sus informes sobre evasión fiscal internacional de contribuyentes estadounidenses llevó adelante la idea de reforzar el control de la información fiscal. Estimaba que la evasión fiscal de la riqueza de estadounidenses gestionada en el extranjero alcanza los 100.000 millones de dólares (Levin & Coleman, 2008) (Gravelle, 2013). Estas estimaciones del PSI se deducen de una serie de trabajos de investigación previos al año 2008 (año del informe de Levin y Coleman para el PSI) sobre los cálculos de la evasión fiscal *offshore* por parte de expertos: entre los expertos, el profesor Avi-Yonah (Sawicky, 2005) estimaba que la evasión fiscal *offshore* de individuos contribuyentes estadounidenses se encuentra entre los 40.000 y 70.000 millones anuales; Clausing (2009) mantenía que los abusos de las multinacionales en precios de transferencia por operaciones internacionales alcanza los 180.000 millones de

²⁰⁹ Publication 54, Tax Guide for U.S. Citizens and Resident Aliens Abroad.

²¹⁰ <https://aaro.org/position-papers-2015>

dólares en beneficios deslocalizados fuera de los EE.UU. lo que al tipo del 35% supone unas pérdidas en ingresos fiscales de aproximadamente 60.000 millones de dólares para el Tesoro de los EE.UU; Zdanowicz (2004) estimaba este abuso en 53.000 millones de pérdidas en ingresos fiscales; Tax Justice Network (2005) tasaba las pérdidas fiscales internacionales en 225.000 millones de dólares sobre 11,5 billones de activos ocultos; por último utiliza informes de Tax Analysts,²¹¹ en su publicación tributaria Tax Notes, en los que consideraban aproximadamente 1,5 billones de dólares en activos ocultos en paraísos fiscales como Guernesey, Jersey, Isla de Man y Suiza. Más interesante aun resulta el dato que ofrece Sullivan (2004) sobre los beneficios *offshore* de las multinacionales estadounidenses entre 1999 y 2002, al estimar para este último año que de los 255.000 millones de dólares de beneficios de las subsidiarias en el extranjero, 149.000 millones provenían de paraísos fiscales. Esa cantidad casi se había duplicado desde 1999

No ofrece el PSI una cifra sobre los activos mantenidos *offshore*, pero se refiere al informe de la OCDE *Towards a Level Playing Field* de 2007 en el que la organización internacional estima que los activos mantenidos *offshore* se sitúan, como mínimo, entre los 5 y los 7 billones de dólares (OECD, 2007). También se refiere al informe de Tax Justice Network (2005) *The Price of Offshore* en el que se estimaba unos 11,5 billones de dólares mantenidos *offshore*, así como a un informe del U.S. Department of State Bureau for International Narcotics and Law Enforcement Affairs en el que identifican cerca de 60 jurisdicciones *offshore* con activos por un total de 4,8 billones de dólares.

Por último utiliza una serie de artículos de Tax Analysts denominados *Tax Analysts Offshore Project: Offshore Explorations* en los que muestran datos sobre activos administrados en territorios *offshore* como Guernesey, del que estiman que gestiona unos 293.000 millones de dólares cuyos beneficiarios efectivos probablemente estén evadiendo impuestos; Jersey con 491.000 millones; Isla de Man 150.000 millones; y Suiza 607.000 millones de dólares.

Estos son los datos cuantitativos de evasión fiscal internacional que el PSI presenta al Senado de los EE.UU. Adicionalmente en dicho informe presentaba los casos de UBS

²¹¹ Conforme a su página web (<http://www.taxanalysts.com>), son una organización sin fines lucrativos, fundada en 1970, de analistas de impuestos, proveedor líder de noticias y análisis de impuestos para la comunidad global.

y LGT en Suiza y Liechtenstein respectivamente para poner de manifiesto cómo los instrumentos de lucha contra la evasión fiscal, como podrían ser, por una parte el CDI (efectivamente en vigor con Suiza) o el funcionamiento de su instrumento de control de las inversiones de estadounidenses en entidades financieras extranjeras a través de la QI, eran burlados.

Además de poner de manifiesto cómo funciona la evasión fiscal internacional,²¹² con algunos ejemplos ilustrativos de cómo ciudadanos americanos utilizan las estructuras *offshore* para evadir impuestos.²¹³

Este era la fotografía de la evasión fiscal internacional en los EE.UU. en los momentos previos a la aparición de la Ley FATCA y seguramente, a la luz de este informe, una de las razones por las que el Congreso de los EE.UU. decidió incluir tal regulación dentro de su norma fiscal en 2010.

2.2.2. Incidentes de evasión fiscal como promotores de FATCA

En 2008, las autoridades alemanas pagaron 4,2 millones de euros a Heinrich Kieber, un técnico informático de LGT Bank, por un CD con información sobre clientes alemanes del banco que eran sospechosos de evadir impuestos.²¹⁴ Los EE.UU. y concretamente el IRS hicieron uso del programa de “*whistle-blower*”²¹⁵ o de denuncia para obtener de Kieber una lista de residentes estadounidenses que habían evadido impuestos sistemáticamente a través de LGT Bank. El IRS encontraría pruebas evidentes de lo fácil que resultaba evadir impuestos mediante cuentas en el extranjero.

El informe del PSI de 2008 explica con detalle, en una exposición de la historia del caso, como el banco LGT de Liechtenstein utilizó prácticas para facilitar la evasión fiscal de sus cliente estadounidenses. Entre las prácticas encontramos el mantenimiento de cuentas de clientes estadounidenses sin reportar a las autoridades

²¹² Destaca la madurez de la industria del *offshore* de la que dice, usa una armada de abogados fiscalistas, contables, banqueros, brokers, proveedores de servicios mercantiles, testaferros otros que promueven el uso de los paraísos fiscales para ciudadanos norteamericanos con el fin de evadir impuestos. Se refiere a un informe de 2006 de los propios Levin y Coleman para el PSI en el que se encargaban de detallar el funcionamiento de la industrial *offshore*. El nombre del informe era bastante revelador del contenido: *Tax Havens Abuses: the Enablers, the Tools and Secrecy* (Levin & Coleman, 2006).

²¹³ Dice el informe textualmente: En una historia del caso, de 1992 a 2005, dos hermanos de Texas crearon una red consistente en 58 *trust* y compañías *offshore*, transfirieron 190 millones de dólares en activos a la red, y dirigieron la inversión de aquellos activos *offshore* sin pagar impuestos ni en el traspaso inicial ni en los ingresos *offshore* de más de 600 millones dólares generados.

²¹⁴ http://www.nytimes.com/2008/08/15/business/worldbusiness/15kieber.html?_r=0

²¹⁵ Recogido en la sección 25 del manual del IRS.

de ese país, asesorar a los clientes estadounidenses a abrir cuentas a nombre de fundaciones residentes en Liechtenstein para ocultar al beneficiario efectivo de las cuentas, asesorar a los clientes en el uso de complejas estructuras *offshore* para ocultar la titularidad de activos fuera de Liechtenstein o utilizar técnicas elusivas para realizar transferencias de activos. Igualmente informa el PSI que entre estas prácticas estaban la utilización de nombre en código para los clientes estadounidenses y cómo estructurar la cartera de inversión para evitar el reporte de información al IRS mediante los Intermediarios Cualificados (QI).

De la comprobación de cuentas titularidad de clientes estadounidenses que fueron examinadas por el PSI, ninguna había sido comunicada por LGT al IRS contribuyendo así a la cultura del secreto y engaño que permitió a sus clientes estadounidenses utilizar sus servicios para evadir impuestos.²¹⁶

El caso de UBS fue similar en el sentido de que el IRS pagó a un delator,²¹⁷ trabajador del banco, por información de clientes estadounidenses que estaban evadiendo impuestos en los EE.UU. Pero en este caso el Departamento de Justicia americano fue más allá y se mostró mucho más agresivo al llevar a cabo un procedimiento criminal contra UBS.

Según el informe, UBS desde 2000 a 2007 había hecho importantes esfuerzos para atraer clientes estadounidenses con grandes patrimonios, utilizando prácticas facilitadoras de evasión fiscal. Entre las prácticas consideran el mantenimiento de unas 19.000 cuentas de clientes estadounidenses no declaradas por valor de miles de millones de dólares en activos. Asimismo asesoraban a sus clientes estadounidenses cómo estructurar sus cuentas para evitar las obligaciones de información de la QI.

²¹⁶ Algunos ejemplos ofrecidos por el PSI, como por ejemplo el denominado “*Marsh Accounts*” sirven para explicar las prácticas realizadas por LGT: James Albright Marsh, ciudadano americano constituyó cuatro fundaciones en Liechtenstein durante los años ochenta y transfirió importantes sumas de dinero. LGT asistió a Marsh a crear las fundaciones y a gestionarlas. En 2001 con la llegada de la obligación de reporte de información de la QI y con el conocimiento por parte de LGT de que el beneficiario efectivo era ciudadano americano, LGT no informó de este aspecto. Otros casos desvelados en el informe, como el de “*Greenfield Accounts*” muestran con mayor detalle como LGT ayudaba a sus clientes a ocultar y mover millones de dólares. En este caso, siendo la familia Greenfield clientes de LGT solicitan ayuda al banco para traspasar 30 millones de dólares de una cuenta en la oficina de Honk Kong del Banco de Bermuda, que había solicitado terminar la relación con el cliente, y LGT ofrece su colaboración al cliente usando la privacidad de la ley bancaria para ser depositario de ese dinero sin dejar rastro (Levin & Coleman, 2008)

²¹⁷ Bard Birkenfeld, al que pagaron 104 millones de dólares americanos. Disponible en www.economis.com/news/special-report/21571558-agony-and-ecstasy-offshore-whistleblowing-whos-criminal

La mayor parte de información de la operativa de UBS se obtiene de las declaraciones de Birkenfeld, que atestiguó las malas prácticas de UBS con clientes americanos y se declaró culpable de conspirar con el contribuyente estadounidense Igor Oleinicoff para ocultar 200 millones de dólares en activos en Suiza y Lietchtenstein y evadir 7,2 millones de dólares en impuestos.

Destaca el PSI que entre las prácticas de UBS se encontraba principalmente mantener a los clientes estadounidenses ocultos del IRS mediante el incumplimiento del acuerdo QI.

De las declaraciones de UBS ante el PSI se deduce que mantenían más cuentas de contribuyentes estadounidenses no declaradas que declaradas, que el incremento de activos era mucho mayor en las primeras que en las segundas (en 2005, las cuentas no declaradas habían incrementado su patrimonio en 1.000 millones de francos mientras que las cuentas declaradas en 333 millones) y que el rendimiento ofrecido por las primeras también era sustancialmente mayor que el de las segundas (180 millones de francos frente a 22,1 millones de francos), de lo que el PSI deduce que el banco prefería las cuentas no declaradas sobre las declaradas porque las primeras eran más lucrativas.

Además UBS promocionaba sus servicios a clientes estadounidenses asegurando que su cuenta no declarada quedaría fuera del conocimiento del IRS porque el banco no estaba obligado a declararla: los procedimientos, prácticas y servicios de UBS protegían a los clientes estadounidenses de la entrega de información al IRS y la información de la cuenta estaba asegurada por el secreto bancario suizo.²¹⁸

También recomendaron y ayudaron a clientes estadounidenses a vender sus activos financieros de fuente americana con el fin de no cumplir las obligaciones de

²¹⁸ En una carta enviada por el banco a un cliente americano en 2002 como consecuencia de la preocupación por la normativa QI decía lo siguiente: “[W]e should like to underscore that a Swiss bank which runs afoul of Swiss privacy laws will face sanctions by its Swiss regulator. ... [I]t must be clear that information relative to your Swiss banking relationship is as safe as ever and that the possibility of putting pressure on our U.S. units does not change anything. ...

“UBS (as all other major Swiss banks) has asked for and obtained the status of a Qualified Intermediary under U.S. tax laws. The QI regime fully respects client confidentiality as customer information are only disclosed to U.S. tax authorities based on the provision of a W-9 form. Should a customer choose not to execute such a form, the client is barred from investments in US securities but under no circumstances will his/her identity be revealed. Consequently, UBS’s entire compliance with its QI obligations does not create the risk that his/her identity be shared with U.S. authorities.”

información de la QI²¹⁹ y a cerrar cuentas a nombre de ciudadanos estadounidenses y abrirlas a nombre de entidades *offshore* transfiriendo en algunos casos activos de fuente estadounidenses no comunicados al IRS y tratando a la nueva cuenta como no estadounidense y en consecuencia no suministrando información al IRS, cuando conocían perfectamente que el beneficiario efectivo era estadounidense. UBS fue incapaz de estimar el volumen de activos que fueron traspasados a estas cuentas en 2001.

En conclusión, la forma de operar de ambas entidades era similar: principalmente consistía en ocultar al beneficiario efectivo (contribuyente estadounidense) mediante compañías interpuestas (o fundaciones o *Trusts*), escondiendo los activos y rendimientos a la administración tributaria estadounidense mediante el incumplimiento de sus obligaciones como QI y propiciando estructuras de ocultación que facilitaban la evasión fiscal internacional.

Incluso con estos dos bancos bajo el sistema de QI, la evasión fiscal resultó sencilla para los contribuyentes y entidades.²²⁰ En conclusión, el sistema era demasiado flexible y el alcance demasiado estrecho (Harvey, 2011).

Los hechos descubiertos tras las investigaciones del PSI y expresados en el informe eran los siguientes:

- Secreto bancario: las leyes y practicas de secreto bancario sirven como capa, no solo para la conducta inapropiada del cliente, sino para la propia conducta inapropiada de los bancos que se confabulan con los clientes para evadir impuestos.
- Practicas bancarias que facilitan la evasión fiscal: desde al menos el año 2000 y hasta el 2007, LGT y UBS emplearon prácticas bancarias que pudieran facilitar, y así han resultado, en la evasión fiscal de clientes estadounidenses, incluyendo la asistencia a clientes para abrir cuentas sobre los nombres de entidades extranjeras, asesorar clientes sobre complejas estructuras para esconder la titularidad de los activos, utilizar nombres de cliente en código y disfrazar transferencias de activos en entradas y salidas de cuentas.

²¹⁹ Aproximadamente unos 2.000 millones de dólares en ventas de activos de fuente americana.

²²⁰ *Tax Compliance And Enforcement Issues With Respect To Offshore Accounts And Entities*, elaborado por del *Joint Committee On Taxation* en 2009.

- Miles de millones no declarados de cuentas de clientes estadounidenses: Desde 2001 LGT y UBS han mantenido miles de clientes estadounidenses con miles de millones de dólares en activos que no han sido revelados al IRS. UBS solamente tiene cuentas en Suiza de unos 19.000 clientes estadounidenses con unos activos valorados en 18.000 millones. El IRS ha identificado al menos 100 cuentas de clientes estadounidense con LGT.
- Estructuración de la QI: LGT y UBS han asistido a sus clientes estadounidenses para estructurar cuentas y evadir obligaciones de información de la QI al IRS, incluso permitiendo que clientes estadounidenses vendieran sus valores estadounidenses para continuar manteniendo cuentas sin obligación de revelar información al abrirlas a nombre de entidades no estadounidenses cuyo beneficiario efectivo era el cliente estadounidense. Mientras estas prácticas bancarias no violaban los acuerdos QI con los bancos, el resultado es que los bancos ayudaban a mantener cuentas secretas al IRS y por lo tanto facilitaban la evasión fiscal de los clientes estadounidenses.

El informe está muy marcado por los casos UBS y LGT, de hecho una parte sustancial del informe consiste en reproducir con detalle las actuaciones de estos bancos. No obstante, de estas prácticas investigadas y descubiertas en el informe desarrollan las siguientes recomendaciones:

- Fortalecer el reporte QI de cuentas en el extranjero mantenidas por personas estadounidenses: para perseguir malas conductas bajo la ley existente, la administración debería fortalecer el Acuerdo QI requiriendo a los participantes QI cumplimentar el formulario 1099²²¹ para: (1) todas las personas estadounidenses que son clientes (si el cliente tiene o no valores estadounidenses o recibe pagos de fuente americana); y (2) cuentas cuyo beneficiario efectivo sea una persona estadounidense, incluso si las cuentas están a titularidad de una sociedad extranjera, *Trust*, fundación u otra entidad. El IRS deberían cerrar el “agujero QI-KYC (*know your client*, conoce a tu cliente)” por expreso requerimiento de los participantes QI para aplicar las obligaciones de reporte a toda la información obtenida mediante el procedimiento KYC para identificar el beneficiario efectivo de las cuentas.

²²¹ Modelo “cajón de sastre” de otros pagos no incluidos en otros modelos específicos.

- Fortalecer la presentación del Modelo 1099: el Congreso debería fortalecer la obligación de presentar el modelo 1099 requiriendo a cualquier entidad financiera doméstica o extranjera que tiene información de que el beneficiario efectivo de una cuenta de titularidad extranjera es contribuyente estadounidense a presentar el modelo 1099 al IRS.
- Fortalecer las auditorías sobre QI: el IRS debería ampliar las auditorías para requerir a los auditores de los bancos que informen de evidencias de fraude o actividad ilegal.
- Penalizar a los bancos de paraísos fiscales que impiden el cumplimiento de la ley estadounidense: el Tesoro debería penalizar a los bancos de los paraísos fiscales que impidan el cumplimiento de la ley americana o fallen al revelar las cuentas mantenidas directa o indirectamente por clientes estadounidenses concluyendo el estatus de QI, y el Congreso debería enmendar la Sección 311 del *Patriot Act* para permitir al Tesoro prohibir a tales bancos realizar negocios con instituciones financieras americanas.
- Atribuir control presunto a los contribuyentes estadounidenses que usen paraísos fiscales: el Congreso debería enmendar las leyes fiscales de los EE.UU. para crear una presunción de procedimientos de ejecución de que entidades legales, como sociedades, *Trusts*, y fundaciones, están bajo el control de personas estadounidenses que las hayan formado, transferido activos o recibido activos de ellas, cuando aquellas entidades estén localizadas u operando en una jurisdicción *offshore*.
- Ampliar el período de prescripción para combatir los abusos fiscales: el Congreso debería extender de tres a seis años el tiempo para que el IRS tiene desde la presentación de un impuesto para investigar y proponer el pago de tasas adicionales si el caso presenta prácticas *offshore*.
- Aprobar una ley de lucha contra los abusos de paraísos fiscales: para fortalecer la capacidad de los EE.UU. para combatir la evasión fiscal internacional.

Dos años antes de la aprobación definitiva de la ley FATCA, estas eran las recomendaciones del informe del PSI tras los casos de UBS y LGT en las que concretaban la incapacidad de la QI para controlar las inversiones financieras de clientes estadounidenses en el extranjero. En ningún momento expresa la necesidad de eliminar la QI, aunque las reformas al procedimiento que propone supondrían una

enmienda con visos de derogación de hecho. El resultado sería la aprobación de una nueva ley que contendrá muchas de las recomendaciones del informe.

Los EE.UU. desde 2001 marcaron su prioridad de luchar contra la ocultación y la evasión fiscal internacional a través de la transparencia y el intercambio de información efectivo. FATCA nace como un movimiento unilateral de obtención automática de información financiera con cuatro claves fundamentales: (i) las instituciones financieras; (ii) una agresiva retención de carácter punitivo; (iii) los mercados financieros de los EE.UU.; y (iv) los gobiernos de otros países colaboradores como socios necesarios en la implementación de la norma.²²² Con estas premisas, los EE.UU. proponían un enérgico y dinámico compromiso a la comunidad internacional para cambiar las regulaciones internacionales en materia de evasión fiscal internacional.

No obstante, una norma de las características de FATCA encontrará problemas de aplicación derivadas de aspectos tan importantes como son la soberanía nacional, el secreto bancario o la protección de datos personales. Será importante tener en cuenta estos aspectos, pero incluso lo es más analizar cómo los EE.UU. han negociado la aplicación extraterritorial de la norma a través de un mecanismo como los acuerdos intergubernamentales, firmados con un gran número de países²²³ y como cientos de miles de entidades financieras se registran con el IRS para cumplir FATCA.²²⁴

Inicialmente no se preveía tanta repercusión. De hecho, algunos especialistas estadounidense consideraron FATCA una norma imposible de aplicar (Behrens, 2009; Bouma, 2012):²²⁵ su carácter unilateral, la extraterritorialidad, la complejidad, las cargas administrativas y tecnológicas que exigía, el secreto bancario, la protección a los consumidores, etc. eran vistos como obstáculos que complicaban bien la implementación, bien la necesidad de una ley como FATCA.

²²² Aunque propiamente el apoyo de los gobiernos será un elemento sobrevenido.

²²³ See <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA.aspx>

²²⁴ See [http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Foreign-Account-Tax-Compliance-Act-\(FATCA\)](http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Foreign-Account-Tax-Compliance-Act-(FATCA))

²²⁵ Ofrecía Bouma, abogado de Washington DC, sus once interesantes razones de por qué FATCA debía ser repelida: 1. Por la arrogancia de la norma; 2. Violación de la regla de oro haz a los demás lo que te gustaría que otros te hicieran a ti, refiriéndose al principio de reciprocidad y la aversión de los EE.UU. a su uso; 3. Acoso (“*Bullying*”) a nivel estatal debido a la posición dominante de los EE.UU.; 4. Trastorno de las relaciones internacionales; 5. Conflicto directo con muchas leyes extranjeras; 6. Impacto negativo en la economía de los EE.UU. por el posible efecto sobre las inversiones; 7. Excesiva carga de cumplimiento sobre las entidades financieras extranjeras; 8. Carga sobre los estadounidenses viviendo en el extranjero; 9. Despilfarro de recursos en el IRS; 10. Esas herramientas ya existen y; 11. Los EE.UU no quieren proporcionar información en reciprocidad.

Era complicado imaginar entonces la implementación definitiva de FATCA. La cooperación internacional y el apoyo de ciertas organizaciones y países se antojaban necesarias (Harvey, 2011).²²⁶ Se analizará FATCA en su contexto: qué existía antes, por qué se ideó y desarrolló, cuáles eran los obstáculos, cómo se superaron, cuál fue la influencia de otros países y organización, y qué puede cambiar (o ha cambiado) en la comunidad internacional.

2.2.3. La QI como el antecedente fallido

Antes de 2001, los EE.UU. no tenían establecido un sistema de información de cuentas en el extranjero, esto es, antes de ese año las instituciones financieras extranjeras no tenían obligación de recoger información fiscal de sus clientes estadounidenses para reportarla al IRS. Tampoco tenían obligación de vigilar las implicaciones fiscales de la titularidad o los rendimientos de los productos financieros de clientes estadounidenses.

Los dos mayores problemas con esta carencia de información eran, por un lado que los contribuyentes americanos podían invertir en producto financiero americano desde una entidad financiera extranjera sin que el IRS pudiera requerir información fiscal a la entidad y por tanto someter al cliente estadounidense a retención, lo que suponía en una mayoría de casos dejar sin tributar un rendimiento que, de haber sido obtenido a través de una entidad financiera estadounidense, habría tenido retención y habría sido declarada por el contribuyente²²⁷ y por otro, que los agentes retenedores (por regla general bancos americanos depositarios de los productos financieros) no obtenían suficiente información de las entidades financieras extranjeras para practicar las retenciones pertinentes en tanto estas eran las tenedoras del cliente y no querían entregar tal información a sus competidores americanos.

No será hasta 2001 cuando el IRS implemente, mediante un sistema de identificación denominado intermediario cualificado (*Qualified Intermediary* o QI)²²⁸ un mecanismo

²²⁶ “...the long-term success of FATCA may depend upon whether the US can convince other countries to adopt a similar system”

²²⁷ En conclusión, un contribuyente estadounidense podía evadir el pago de impuestos sobre rendimientos financieros simplemente con comprarlos a través de una entidad financiera extranjera.

²²⁸ Con la implementación del QI intentaban solucionar los problemas comentados. Las entidades se convertirían en intermediarios cualificados y de esta forma podrían mantener oculta la información fiscal de sus clientes no americanos siempre y cuando practicara la retención correspondiente sobre rentas de fuente americana, mientras que para el caso de clientes contribuyentes americanos debían

de exigencia de información fiscal a entidades financieras. Un QI es una entidad que alcanza un acuerdo con el IRS dictado en conformidad al *Revenue Procedure* 2000-12 del IRS (IRS, 2000) en desarrollo la sección 1441-1 del *Internal Revenue Code* (IRC) o Código Fiscal de los EE.UU., con el objetivo de simplificar el procedimiento de retención e información al IRS de intereses, dividendos, royalties u otros cuando es realizado a través de un intermediario extranjero.

Las secciones 1441 y 1442 del IRC exigen la retención de los pagos a no residentes por intereses, dividendos, royalties y otro cierto tipo de rentas a un tipo general del 30%,²²⁹ aunque normalmente existe un tipo menor (o no retención) bajo ciertos preceptos del propio IRC, regulaciones y sobre todo bajo el amparo de CDI. Existe además una obligación de reportar información en el modelo 1042-S.²³⁰ No obstante, de forma general los no residentes quedan exonerados de retención y reporte de información por alguna de las exenciones existentes.

Cosa diferente son los residentes fiscales estadounidenses.²³¹ Cuando estos reciben pagos por los mismos conceptos (intereses, dividendos, royalties, etc.) no existe una obligación de retención, pero existe una obligación de reportar dichos pagos en el modelo 1099.²³² Para determinar que una persona es residente estadounidense se le debe requerir el formulario W-9,²³³ de no presentarlo, se le practicará una retención del 31%. Una excepción a la obligación de presentar el W-9 existe si el beneficiario es una persona no residente. El pagador podrá considerar a una persona no residente cuando fiablemente se asocia el pago con una documentación que establece que la persona del beneficiario efectivo del ingreso es no residente.

El carácter de QI permitía a las entidades financieras extranjeras y sucursales extranjeras de entidades financieras estadounidenses evitar las obligaciones de retención a cambio de obtener la información pertinente de sus clientes para determinar si estos eran estadounidenses, y por tanto debían ser reportados, o no

informar al IRS de cualquier renta de fuente americana. Las QI debían ser auditadas por el IRS o un auditor independiente para demostrar que los procesos eran realizados correctamente.

²²⁹ Tipo de retención general para No Residentes, que se exporta en la aplicación de FATCA.

²³⁰ “*Foreign Person’s US Source Income Subject to Withholding.*”

²³¹ A tal efecto, ciudadanos y residentes fiscales por residencia efectiva o número de días.

²³² Especie de modelos informativos fiscales, como podrían ser los modelos 187, 190, 193 o 196 de la Agencia Tributaria sobre retenciones y rendimientos del trabajo, capital mobiliario o ganancias de patrimonio, entre otras, si lo trasladamos al sistema español.

²³³ *Request for Taxpayer Identification Number and Certification.*

residentes y quedar exonerados de suministro de información (siempre y cuando se les aplicara la retención pertinente, si procedía).

Dos limitaciones inicialmente se derivan de esta regulación, la primera, que el sistema QI solo implicaba el suministro de información de residentes para los casos de rendimientos de fuente estadounidense²³⁴ y que el procedimiento para determinar el beneficiario efectivo no exigía a las entidades examinar en profundidad a las personas jurídicas clientes para determinar quien era el real beneficiario.²³⁵

El sistema QI fue considerado como herramienta útil hasta 2008,²³⁶ cuando los incidentes de evasión fiscal internacional demostraron que tal sistema había sido burlado por los propios contribuyentes americanos que escapaban al control del IRS.²³⁷ Esto desencadenó una posición más agresiva por parte de los EE.UU. en la lucha contra la evasión fiscal *offshore*, reflejada en el informe del PSI de 2008 que recomendó fortalecer el intercambio de información sobre cuentas extranjeras mantenidas por ciudadanos norteamericanos (Levin & Coleman, 2008).

Los incentivos por acabar con la evasión fiscal *offshore*, la eficacia en la lucha judicial contra las instituciones financieras internacionales que promovían la evasión y el informe del PSI fueron los elementos fundamentales que inspiraron FATCA. Otros elementos a tener en cuenta en la política de los EE.UU. para conseguir la información de cuentas en el extranjero son las denominadas *Offshore Voluntary Compliance Initiative* (OVCI)²³⁸ o ventanas de regularización para que los residentes

²³⁴ Con lo que cambiando los activos financieros de la cartera a productos no estadounidenses los clientes americanos sabían que sus rendimientos no eran reportados al IRS mediante el QI.

²³⁵ Lo que suponía que utilizar una sociedad pantalla también dejaba al residente fiscal estadounidense fuera del control de la QI.

²³⁶ El profesor Harvey considera la QI un gran avance si se compara con lo que existía antes de 2001 .

²³⁷ Sí funcionó el QI para contribuyentes no americanos a efectos de determinar su residencia, rendimiento y retención correspondiente. Sin embargo falló en aspectos ya comentados, como la información sobre productos no estadounidenses, que al no estar incluida en el ámbito de la obligación de información, fue fácil de burlar mediante el cambio de la cartera a productos no estadounidenses o como la falta de exigencia de informar del beneficiario efectivo. Además, el QI estaba limitado en su alcance ya que (i) eran las propias entidades las que marcaban aquellas cuentas que formaban parte del QI, (ii) estaba dirigida principalmente a bancos dejando fuera fondos de inversión y otros tipos de entidades financieras y (iii) el sistema de auditoría era muy laxo, comprobando únicamente aquello que estaba considerado por la entidad dentro del QI y dejando muchas planificaciones (sociedades pantalla o inversión en el extranjero) que suponían un elusión del intercambio de información que QI proponía.

²³⁸ La OVCI está recogida en el manual del IRS, dentro de la sección de crímenes fiscales, sin proporcionar ninguna garantía legal o formal: *“It is currently the practice that a voluntary disclosure will be considered with all the other factors in the investigation in determining whether criminal prosecution will be recommended. This voluntary disclosure practice creates no substantive or procedural rights for taxpayers, but rather is a matter of internal IRS practice. ... A voluntary*

fiscales con activos en el extranjero no declarados los declaren al IRS a cambio de evitar procesos criminales, pero asumiendo una importante sanción civil y el pago de intereses. La última antes de FATCA, justo después de los escándalos de evasión fiscal *offshore*, de la confirmación del fallo del protocolo QI y del informe del PSI, se puso en marcha en marzo de 2009 y expiró el 15 de octubre del mismo año. 14.700 contribuyentes americanos se acogieron a esta regularización (Scott, 2010).

Todos los anteriores acontecimientos, concluidos en esta amnistía fiscal fueron el caldo de cultivo de la ley FATCA, que ya se preveía.²³⁹ Finalmente, en octubre de 2009 FATCA fue presentada y después de algunas modificaciones en marzo de 2010 fue aprobada como parte de la norma *Hiring Incentives to Restore Employment Act* (HIRE).

2.2.4. FATCA como ley y el intercambio de información como objetivo

El 18 de marzo de 2010, como parte de la HIRE, la norma conocida por sus siglas FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*) fue aprobada para enmendar el capítulo cuarto del IRC *Taxes To Enforce Reporting On Certain Foreign Accounts* (111th Congress, 2010) quedando contenida la regulación principal en las secciones 1471 a 1474 del *Internal Revenue Code* (IRC). Adicionalmente, desde la aprobación de la norma el IRS ha publicado numerosa regulación de apoyo para desarrollar la implementación y cumplimiento de FATCA por instituciones financieras²⁴⁰ y contribuyentes.²⁴¹

disclosure will not automatically guarantee immunity from prosecution; however, a voluntary disclosure may result in prosecution not being recommended.”

²³⁹ Por ejemplo, algunas provisiones en el Presupuesto Presidencial de 2010 estaban destinadas a combatir la evasión fiscal *offshore*.

²⁴⁰ Notice 2010-60 “Notice and Request for Comments Regarding Implementation of Information Reporting and Withholding Under Chapter 4 of the Code”; Notice 2011-34 “Supplemental Notice to Notice 2010-60 Providing Further Guidance and Requesting Comments on Certain Priority Issues Under Chapter 4 of Subtitle A of the Code”; Notice 2011-53 “Chapter 4 Implementation Notice”; Announcement 2012-42 “Timelines for Due Diligence and Other Requirements under FATCA”; TD 9610 “Regulations Relating to Information Reporting by Foreign Financial Institutions and Withholding on Certain Payments to Foreign Financial Institutions and Other Foreign Entities”; Notice 2013-43 “Revised Timeline and Other Guidance Regarding the Implementation of FATCA”; Notice 2013-69 “FFI agreement for Participating FFI and Reporting Model 2 FFI”; Announcement 2014-1 “Update on FATCA financial institution registration”; REG-134361-12 “Notice of proposed rulemaking by cross-reference to temporary regulations and notice of public hearing. Withholding of Tax on Certain U.S. Source Income Paid to Foreign Persons and Revision of Information Reporting and Backup Withholding Regulations.”; REG-130967-13 “Notice of proposed rulemaking by cross-reference to temporary regulations and notice of public hearing. Regulations Relating to Information Reporting by Foreign Financial Institutions and Withholding on Certain Payments to Foreign Financial Institutions and Other Foreign Entities”; TD 9657 “Final and temporary regulations.

En esencia FATCA es una norma doméstica y unilateral que requiere al sistema financiero internacional recoger información de los clientes estadounidenses y entregar dicha información al IRS, de forma automática. Es el requerimiento de información fiscal internacional sobre producto financiero más sustancial jamás hecho: es global (en tanto afecta a todos los contribuyentes estadounidenses con activos financieros en cualquier parte del mundo) y es automático.²⁴²

Muchos países disponen de normas reguladoras del requerimiento de información fiscal y patrimonial a las instituciones financieras, pero este requerimiento se limita, por regla general, a las entidades financieras nacionales. Estas normas pueden permitir a las administraciones tributarias exigir la entrega de información fiscal relevante a sus instituciones financieras no solo de sus residentes fiscales, sino también de no residentes con productos financieros en estas entidades financieras. La Unión Europea, por su parte, dispone de su Directiva del Ahorro que desde 2005 exige el intercambio de información a las entidades financieras y agencias tributarias de los Estados miembros. En relación con los países en desarrollo existe un interés de que aprueben normativas y procedimientos de obtención de información fiscal desde las entidades financieras para hacer de sus administraciones tributarias órganos más

Regulations Relating to Information Reporting by Foreign Financial Institutions and Withholding on Certain Payments to Foreign Financial Institutions and Other Foreign Entities; Final Rule"; TD 9658 "Final and temporary regulations Withholding of Tax on Certain U.S. Source Income Paid to Foreign Persons, Information Reporting and Backup Withholding on Payments Made to Certain U.S. Persons, and Portfolio Interest Treatment"; Announcement 2014-17 "Update on Jurisdictions Treated as Having an IGA in Effect and on FATCA Financial Institution Registration"; Notice 2014-33 "Further Guidance on the Implementation of FATCA and Related Withholding Provisions"; Rev. Proc. 2014-38 "FFI Agreement for Participating FFI and Reporting Model 2 FFI"; Rev. Proc. 2014-39 "Application Procedures and Overview of Requirements for Qualified Intermediary Status Under Chapters 3, 4, and 61 and Section 3406"; Rev. Proc. 2014-47 "Final Qualified Intermediary Agreement"; Notice 2014-59 "Application Procedures and Overview of Requirements for Withholding Foreign Partnership or Withholding Foreign Trust Status Under Chapters 3 and 4; Final Withholding Foreign Partnership Agreement; Final Withholding Foreign Trust Agreement; Modified Applicability Dates of Certain Provisions Under Chapters 3 and 61"

²⁴¹ Notice 2013-10 "Information Reporting by Domestic Entities Under Section 6038D with Respect to Specified Foreign Financial Assets"; "Explanation of temporary and proposed regulations Relating to Reporting of Specified Foreign Financial Assets under IRC 6038D"; REG-130302-110 "Proposed regulations relating to Reporting of Specified Foreign Financial Assets under IRC 6038D by certain domestic entities"; TD 9567 "Temporary regulations relating to Reporting of Specified Foreign Financial Assets under IRC 6038D"; TD 9706 "Final regulations and removal of temporary regulations relating to Reporting of Specified Foreign Financial Assets."

²⁴² Dice Martínez Giner (2012) que más que una norma antiabuso se trata de una norma que impone unilateralmente obligaciones de información extraterritoriales sobre determinadas instituciones financieras.

eficientes, facilitando así la recaudación de impuestos y favoreciendo el cumplimiento voluntario de los contribuyentes.²⁴³

La información fiscal es fundamental para la obtención de recursos fiscales. La colaboración con el sector financiero para obtener información fiscal es clave para que una administración fiscal sea eficiente (Bird & Zolt, 2008). En este sentido, la OCDE considera que las modernas tecnologías de la información son elemento fundamental para dinamizar y mejorar los servicios de recaudación de impuestos, reduciendo los costes de cumplimiento y mejorando así la integridad y eficiencia de las administraciones fiscales (OECD et al., 2013).

Obtener de las entidades financieras información fiscal de ciudadanos y residentes fiscales estadounidenses es el objetivo de FATCA. Para conseguirlo es necesaria la colaboración de las instituciones financieras internacionales, que son en última instancia las que deben reportar la información. Y esta es exactamente la clave para que FATCA triunfe: que las entidades financieras se conviertan en intermediarios fiscales internacionales, para lo cual les otorga un *Global Intermediary Identification Number* (GIIN)²⁴⁴ como si de un número de colaborador fiscal se tratara.

El objetivo de la norma es prevenir la evasión fiscal de contribuyentes estadounidenses (ciudadanos o residentes fiscales) mediante la implementación de un sistema de dos frentes, conforme a la definición de Dizdarevic (2011), por un lado el componente del requerimiento de información (automático) y por otro el componente de la retención/sanción.²⁴⁵

Estos componentes, a su vez, se pueden separar en varios elementos fundamentales y diferenciar entre recursos domésticos y exigencias extraterritoriales.

²⁴³ “The financial sector is a vital source of information for tax administration, virtually a modern tax handle to match the role played by customs border controls in the past. In developing countries in particular, dealing with the pervasive problem of informality is in large part a matter of fostering development of the financial sector. The importance of the financial sector within the wider tax implementation context is likely to be brought into even sharper focus by recent work championed by the G-20 and building on the OECD work to promote and implement exchange of information and transparency.” (International Tax Dialogue Conference, 2009)

²⁴⁴ <http://www.irs.gov/Businesses/International-Businesses/Draft-Form-8957-FATCA-Registration-Process>

²⁴⁵ Estos frentes están singularmente vinculados en tanto la retención/sanción se producirá en función del cumplimiento del requerimiento de información. La cuestión del cumplimiento fiscal, en muchos casos (este es uno más), ha sido puesto a descansar sobre la implementación del “devastador efectivo” mecanismo de la retención en la fuente (Dizdarevic por referencia a Kahng y Twight). La retención es el supremo mecanismo administrativo permitido al gobierno federal para recaudar sin protestas significativas [...]. Retención como supremo recurso administrativo (Twight, 1995).

Dentro del componente del requerimiento de información, existen los siguientes elementos sustantivos: (I) la entidad financiera extranjera, (II) el contribuyente estadounidense, (III) la información financiera, y (IV) el acuerdo de colaboración de la entidad financiera con el IRS (en el que se incluye como otro elemento adicional, la retención por “*passthru*”). Podemos considerar todos estos elementos en el ámbito de la exigencia extraterritorial. Dentro del componente retención/sanción: (V) rendimientos sometidos a retención, (VI) agente retenedor y (VII) obligación de retener. Todos estos elementos quedan comprendidos dentro de los recursos domésticos.

Unos y otros elementos quedan recogidos en la enmienda del IRC americano mediante la denominada ley FATCA. La regulación de estos elementos compondrá la norma unilateral de obligaciones de información extraterritorial:

- I. Entidad financiera extranjera: regulada en la sección 1471(d)(5), desarrolla una definición muy amplia, más allá de la entidad bancaria clásica. Cualquier entidad que (a) acepta depósitos en el curso ordinario de su actividad bancaria; (b) mantiene activos financieros por cuenta de terceros, como parte sustancial de actividad; y (c) realiza principalmente actividad de inversión, reinversión o negociación de activos financieros, incluyendo *commodities* y gestión y participación en sociedades.

En conclusión, quedan incluidas junto a las entidades bancarias tradicionales los fondos de inversión, fondos de pensiones, entidades aseguradoras, brokers, etc.

Adicionalmente la sección 1472 incluye a las entidades no financieras extranjeras para ser retenidas de los pagos retenibles hechos desde los EE.UU. a menos que certifiquen que no hay un titular sustancial estadounidense o informe del nombre, dirección y número fiscal de los titulares estadounidenses sustanciales. Se considera titularidad sustancial más del 10%.²⁴⁶

²⁴⁶ La titularidad sustancial viene definida en la sección 1473(2)(A) por la tenencia del 10% sobre corporaciones y *partnerships* y para el caso de los *Trusts*, tendrán titularidad sustancial las personas estadounidenses tratadas como titulares de cualquier parte del trust bajo el *Subpart E* de la parte I del subcapítulo J del capítulo 1, y cualquier persona estadounidense que sea beneficiario en más de un 10% de un *Trust*.

- II. Contribuyente estadounidense: La delimitación subjetiva se realiza a través del elemento *United States Account*, considerando como tal cualquier cuenta titularidad de una persona estadounidense,²⁴⁷ y en el caso de que el tenedor de la cuenta sea una sociedad extranjera poseída por estadounidenses, los titulares estadounidenses (1471(c)(1)(A) y 1471(d)(1)(A)).

Será titular de cuenta recalcitrante cualquiera (persona estadounidense) que no cumpla razonablemente con el requerimiento de información que recoge el acuerdo o la información financiera o que no dé autorización para el suministro de información.

- III. Información financiera: las entidades financieras extranjeras deberán reportar con respecto a las cuentas estadounidenses mantenidas en su institución la siguiente información: (A) el nombre, la dirección, y el número de información fiscal de cada titular de la cuenta si es una persona estadounidense, y para el caso de entidades extranjeras titularidad de personas estadounidenses, el nombre, la dirección y el número de identificación fiscal de los titulares de la sociedad; (B) el número de la cuenta; (C) el valor de la cuenta; y (D) los ingresos y retiradas o pagos de la cuenta (IRC 1471(c)(1)).

El IRC 1471(d)(1)(B) establece la excepción de suministro de información en los casos en que el titular sea una persona física y el valor agregado de las cuentas mantenidas en la entidad financiera no exceda de 50.000 dólares americanos.²⁴⁸

- IV. Acuerdo de colaboración de la entidad financiera con el IRS: la sección 1471(b)(1) establece que mediante el acuerdo la entidad financiera se compromete:

- a. A obtener información relativa a cada titular de cada cuenta en su institución si ello es necesario para determinar cuáles son cuentas estadounidenses.

²⁴⁷ *United State Person*, cuya definición puede encontrarse en la sección 7701(a)(30) del IRC *Definitions*, donde considera como tal (A) un ciudadano o residente de los EE.UU.; (B) *Partnership* doméstico; (C) Corporación doméstica; (D) cualquier estado; (E) cualquier *Trust* si una corte de los EE.UU. puede ejercer supervisión primaria sobre la administración del *Trust* o una o más personas estadounidenses tienen la autoridad y el control sustancial de las decisiones del *Trust*.

²⁴⁸ Aunque existe obligación de comunicación voluntaria de tenencia de cuentas en el extranjero por importe superior a 10.000 dólares a través del denominado *Reporting Foreign Bank and Financial Accounts* (FBAR).

- b. Cumplir los procedimientos de verificación y diligencia debida que la Secretaría²⁴⁹ pueda requerirle con respecto a la identificación de cuentas estadounidenses.
 - c. Suministrar anualmente la información financiera descrita anteriormente de las cuentas estadounidenses existentes en la institución.
 - d. Aplicar una retención del 30% a cualquier pago *passthru* que sea hecho por la institución a un titular de una cuenta recalcitrante o a otra entidad financiera que no ha firmado un acuerdo de colaboración y también en los casos de pagos *foreign passthru*²⁵⁰ que sean hechos por tal institución a una institución financiera extranjera cuando dichos pagos puedan ser localizados en cuentas recalcitrantes o entidades financieras sin acuerdo.
 - e. Cumplir con los requerimientos de la Secretaría sobre información adicional con respecto a alguna cuenta estadounidense mantenida en la entidad.
 - f. En el caso de que la normativa doméstica prohíba suministrar cualquier información referida, intentar obtener una autorización al suministro de la información y de no obtener dicha autorización en un período de tiempo razonable, cerrar la cuenta.
- V. Rendimientos sometidos a retención: Recogido en la sección 1473(1), serán pagos retenibles (i) cualquier pago de intereses (incluidas las emisiones originales al descuento), dividendos, rentas, salarios, sueldos, primas, anualidades, compensaciones, remuneraciones, emolumentos, y otras plusvalías, ganancias o ingresos fijos o determinables, anuales o periódicos, siempre que sean de fuente estadounidense; (ii) y cualquier otro ingreso bruto de una venta u otra disposición de cualquier propiedad o cualquier tipo que pueda producir intereses o dividendos de fuente estadounidense.
- VI. Agente retenedor: La sección 1473(4) define el agente retenedor como todas las personas cualquiera que sea su capacidad de actuación que tengan el

²⁴⁹ Por Secretaría (*Secretary*) el IRC se refiere a la Secretaría del Tesoro o su delegado (IRC 7701 – *Definitions*).

²⁵⁰ El Tesoro de los Estados Unidos se reserva la definición de *foreign passthru* y no exige la retención hasta 2017 o hasta que desarrolle una regulación definiendo tal concepto (Notice 2015–66).

control, ingreso, custodia, disposición o pago de cualquier rendimiento sometido a retención.

- VII. Obligación de retener: La esencia penalizadora de la ley FATCA. Se desprende del propio nombre del *Chapter 4* del IRC que representa FATCA: *Taxes To Enforce Reporting On Certain Foreign Accounts* y en la primera y segunda sección del este capítulo: 1471: *Withholdable payments to foreign financial institutions*; 1472 *Withholdable payments to other foreign entities*. La obligación de retener se desprende de la vinculación con el cumplimiento del requerimiento de información a la entidad financiera: acuerdo, procedimiento de identificación y suministro de información.

Sin embargo, es necesario considerar que FATCA es una ley nacional y con ninguna o discutible reciprocidad.²⁵¹ Teóricamente, las instituciones financieras y los gobiernos extranjeros deberían adoptar FATCA como una especie de norma propia y cumplir con sus disposiciones. En este punto conviene preguntarse si es viable establecer una exigencia de información de carácter global sobre las disposiciones de una ley local (Zavaleta Álvarez & Speer, 2012).

Se puede responder a esta pregunta de forma afirmativa en función de los hechos, aunque hay que hacer matizaciones: los EE.UU. están consiguiendo implementar su exigencia de información global instrumentada a través de una norma doméstica, pero valiéndose por un lado de su poderosa posición global y por otra de la cooperación y la negociación internacional.

Por un lado, desde un punto de vista de política internacional, solo los EE.UU. valiéndose de su hegemonía económica y política internacional podría haber lanzado una iniciativa como esta. Los EE.UU. son la primera economía mundial y muchas de las operaciones financieras internacionales se producen en sus mercados, reforzando de esta forma el impacto de FATCA. Sirva como ejemplo el informe sobre mercados financieros globales en 2014 que Sanyal (2014) realizó para Deutsche Bank: el NYSE (la bolsa de Nueva York) es el primer mercado de valores del mundo con una capitalización de 17.950 miles de millones de dólares, seguido por el NASDAQ (también de Nueva York) con 6.085 miles de millones de dólares y los EE.UU. son el centro de gestión financiera de fondos y seguros más grande del mundo, con un

²⁵¹ El origen y diseño unilateral de FATCA puede limitar la reciprocidad erosionando la igualdad sobre la cual la efectiva gobernanza fiscal internacional depende (Eccleston & Gray, 2014).

volumen de 39.648 miles de millones de dólares gestionados, lo que representa un 45% del total mundial.

Los EE.UU. se valdrán de este volumen de actividad financiera para imponer los elementos derivados de la retención con naturaleza jurídica de sanción (Moreno González, 2013). Esto es, la sección 1473(1) de rendimientos sometidos a retención aplicará, principalmente, sobre las rentas y ganancias en los mercados financieros estadounidenses.

Por otra parte, desde el punto de vista de la cooperación internacional, los EE.UU. han firmado acuerdos intergubernamentales con las principales economías y con importantes territorios antes considerados paraísos fiscales. En realidad, los EE.UU. están expandiendo su ley doméstica FATCA a otros países. En respuesta a la pregunta planteada, efectivamente los EE.UU. están estableciendo una exigencia de información de carácter global sobre las disposiciones de una ley local.

FATCA, en esencia, es una Ley que obliga a las instituciones financieras a entregar información fiscal bajo amenaza de quedar penalizado el acceso a los mercados financieros estadounidenses. Como dice Martínez Giner (2012), el núcleo esencial de FATCA es que una institución financiera extranjera estará sujeta a una retención del 30% sobre una serie de pagos obtenidos de fuente americana – generados en los EE.UU. -, así como sobre los ingresos provenientes de la venta de determinados valores de fuente estadounidense, a menos que esa entidad financiera no americana firme un acuerdo con el IRS en virtud del cual se comprometa a identificar a sus clientes que sean ciudadanos de los EE.UU. y transmitir al IRS una detallada información sobre las cuentas de tales clientes americanos.

La consecuencia derivada es que las instituciones financieras deben implementar sistemas para la obtención de información fiscal y su posterior entrega al IRS.²⁵² Por tanto las instituciones financieras deben desarrollar soluciones administrativas y tecnológicas para implementar FATCA.

²⁵² O a su administración tributaria doméstica para que esta la suministre al IRS.

Obliga a las entidades financieras a tomar la decisión de estar en un primer nivel de transparencia como entidad que lucha contra el fraude fiscal o quedar fuera del sistema financiero de los EE.UU. o sin clientes americanos.²⁵³

El alcance de FATCA es enorme: los mercados financieros internacionales, cualquier producto financiero y todo tipo de entidades financieras: bancos, fondos, aseguradoras, entre otras.²⁵⁴ Es realmente difícil evitar FATCA. Cualquier mercado, producto o entidad financiera internacional, de una u otra manera queda ligado a FATCA. Todos son actores en FATCA y ciertamente, este era el efecto pretendido por los legisladores cuando la diseñaron (Hodge, 2014).²⁵⁵

¿Es posible para las instituciones financieras internacionales operar fuera de los mercados estadounidenses y evitando clientes estadounidenses? Y si finalmente las principales instituciones financieras internacionales cumplen con FATCA, ¿tendrán los evasores fiscales (estadounidenses) espacio financiero para operar sus carteras? FATCA se desarrolla como una herramienta destinada a cambiar la percepción de las instituciones financieras sobre la evasión fiscal internacional y la obligación de intercambio de la información fiscal, en busca del efecto disuasorio sobre los evasores fiscales. Según Harvey (2011), cuando FATCA estaba siendo diseñada, había un claro entendimiento de que no eliminaría todas las oportunidades de los contribuyentes estadounidense de ocultar ingresos *offshore*. Por ejemplo, un contribuyente estadounidense podría invertir en activos de fuente no estadounidense con una entidad no QI y evitar el suministro de información al IRS. Sin embargo, la esperanza era que todas las principales entidades financieras extranjeras con mayor reputación se convirtieran en QI. Si esto ocurre, los evasores fiscales estadounidenses quedarían relegados a segundos y terceros niveles de instituciones financieras extranjeras lo que podría causar que los evasores fiscales estadounidenses se preguntaran si

²⁵³ Veremos más adelante cómo la evolución global de FATCA y sus consecuencias perjudicará a aquellas entidades financieras que decidan cumplir con FATCA mediante la eliminación de carteras de clientes estadounidenses antes que cumpliendo con la implementación y entrega de datos puesto que el efecto global previsto del intercambio de información les podría llevar en un futuro a tener que deshacerse de cualquier cliente no residente.

²⁵⁴ En contraste con la QI que como vimos limitaba su alcance principalmente a bancos, dejando fuera a otras vías de inversión como los fondos, y a ingresos de fuente americana.

²⁵⁵ Destaca Hodge que el alcance de FATCA llega hasta los despachos de abogados, muchos de ellos *trustees* de *Trusts* y por tanto sometidos a la obligación de suministro de información si desean evitar la retención del 30%.

verdaderamente querían trabajar con instituciones financieras con niveles de riesgo más elevados y con productos financieros más limitados.²⁵⁶

2.2.5. Contexto propicio para imponer FATCA

a) Definición de los objetivos a través del intercambio de información: decadencia y nuevo auge

FATCA nació desde los planes del G20 y la OCDE para expandir la firma de AII a los territorios *offshore*. Los objetivos de la OCDE y los EE.UU., por tanto, coincidían en la política y los instrumentos para combatir la evasión fiscal internacional: ampliar los compromisos de intercambio de información. La OCDE elegiría el desarrollo de la red internacional de AII. Los EE.UU. mediante el fortalecimiento de las obligaciones de suministro de información de las entidades financieras.

A pesar de que el intercambio de información era el instrumento elegido para combatir la evasión fiscal internacional, ninguna de sus modalidades se mostraba eficiente antes de la llegada de FATCA:

(i) El artículo 26 del Modelo de Convenio de la OCDE consolidaba el intercambio bajo petición, y permitía, pero no exigía, el intercambio automático de información. De hecho, las políticas de la OCDE prohíben las demandas especulativas de información o *fishing expeditions*.²⁵⁷ La experiencia ha demostrado que los CDI no son un mecanismo eficiente para obtener información, por la complejidad del proceso y el alcance global limitado. Adicionalmente, algunos territorios, incluso miembros de la OCDE tenían reconocido el secreto bancario, lo que suponía una barrera adicional para aplicar el intercambio de información.²⁵⁸

²⁵⁶ El profesor Harvey fue asesor senior del comisario Shulman del IRS y estuvo significativamente implicado en los esfuerzos del IRS para combatir la evasión fiscal *offshore*, incluyendo: negociaciones con UBS, desarrollo del OVDI de 2009 y en el desarrollo de FATCA.

²⁵⁷ “Article 26 creates an obligation to exchange information that is foreseeably relevant to the correct application of a tax convention as well as for purposes of the administration and enforcement of domestic tax laws of the contracting states. Countries are not at liberty to engage in “fishing expeditions” or to request information that is unlikely to be relevant to the tax affairs of a given taxpayer. In formulating their requests, the requesting state should demonstrate the foreseeable relevance of the requested information. In addition, the requesting state should also have pursued all domestic means to access the requested information except those that would give rise to disproportionate difficulties.”

At <http://www.oecd.org/ctp/treaties/article26oftheoecdmodeltaxconventiononincomeandcapital.htm>

²⁵⁸ Suiza, Luxemburgo, Bélgica y Austria, las tres últimas también se negaron a aplicar el intercambio de información automático de la Directiva del Ahorro.

(ii) Los AII como acuerdos entre un país miembro de la OCDE y otro país o territorio no miembro estaban dirigidos a intercambiar información y promover la colaboración en otras materias fiscales. Sin embargo, tanto los AII como el artículo 26 de los CDI no obligan al intercambio automático de información. Esto convierte el intercambio de información en insuficiente.

Junto con la elección del intercambio de información como el mecanismo para combatir la evasión fiscal internacional se ideó la creación de listas de centros financieros *offshore* que estos podrían abandonar en función de su disposición a colaborar. Se puede considerar este como el primer paso para lanzar el intercambio de información como herramienta de lucha contra la evasión fiscal.

Sin embargo, estas acciones no fueron suficientemente contundentes para someter a los genuinos centros financieros *offshore* a intercambiar la información necesaria para luchar contra la evasión fiscal. La condición para salir de las listas era que los centros financieros *offshore* firmaran 12 AII, pero tal condición supuso a la vez la vía de escape (McIntyre, 2009)²⁵⁹ para continuar con su actividad financiera *offshore* y reflejar un cambio de tendencia frente a la comunidad internacional: los territorios firmaban 12 acuerdos bilaterales con otros territorios como ellos y/o con economías “amigas” y conseguían salir de las listas. En consecuencia, las listas se vaciaron rápidamente y las críticas a este sistema no se hicieron esperar (Escario Díaz-Berrio, 2011). El aumento de AII fue tremendo, aunque se manifestará sustancialmente inocuo frente a la evasión fiscal. No obstante, el desarrollo de la red de AII servirá para completar el desarrollo del instrumento de intercambio de información que ya entonces se estaba bosquejando.

(iii) Los EE.UU. en 2008 ya habían asumido el fallo de su sistema QI y combatían en los tribunales los casos de evasión fiscal del pasado.²⁶⁰ No obstante, ya desde 2001,

²⁵⁹ “*Tax haven countries that agree to this ineffective TIEA are provided with an undeserved patina of respectability. They have been eager to sign up, and most have done so*”.

²⁶⁰ En mayo de 2008 Bradley Birkenfeld se declaró culpable de asesorar a clientes estadounidenses a evitar los controles del IRS y evadir impuestos mediante cuentas *offshore*, en junio de 2008 el IRS iniciaba procedimiento, apoyado por el Departamento de Justicia, contra UBS que se dividía en dos partes, una civil y una criminal, siendo esta última la que potencialmente despertaría mayor preocupación en UBS. El Departamento de Justicia imputaba cargos criminales por evasión fiscal. Finalmente en 2009 UBS llegaba a un acuerdo con el Departamento de Justicia²⁶⁰ por el que aceptaban el pago de una multa de 780 millones de dólares y suministrarían información sobre ciertas cuentas de contribuyentes estadounidenses. Adicionalmente el Departamento de Justicia no abandonó las cuestiones civiles por las que pedían el suministro de información sobre 52.000 cuentas de contribuyentes estadounidenses ante lo que UBS se amparaba en la normativa de secreto bancario

los EE.UU., a través del que entonces era Secretario del Tesoro, Paul O'Neill, habían mostrado su determinación a la OCDE de luchar contra la evasión fiscal *offshore*, pero esta lucha debería ser llevada a cabo mediante mecanismos de intercambio de información antes que luchando contra prácticas fiscales dañinas o competencia fiscal perjudicial.²⁶¹ En 2008, y tras el fracaso del QI, el PSI se armaba de argumentos para desarrollar una norma más exigente, que como pone de relieve Gil Soriano (2012), se llevará a cabo mediante una doble vía en el intercambio de información: (i) acuerdos con otros gobiernos a través de tratados de doble imposición y de acuerdos de intercambio de información en los que los EE.UU. se han mostrado especialmente activos y (ii) normativas dirigidas al sector privado, principalmente entidades financieras, para obtener información. Su conclusión es que esta forma de obtener información fuera del ámbito intergubernamental es muy eficiente, lo que demuestra que los tratados y acuerdos con otros gobiernos son ineficientes para alcanzar el objetivo. Sin embargo, ambas vías son compatibles y necesarias. La estrategia de los EE.UU. consistirá en desarrollar ambas en paralelo (lo que hemos denominado estrategia de doble dirección).

(iv) En la UE, en noviembre de 2008, se presentaba la propuesta de enmienda de la Directiva del Ahorro, en la que específicamente se aludía a la eficacia dentro de los límites de su ámbito de su aplicación, pero se mostraba insuficiente en la determinación del beneficiario efectivo y agente pagador, así como en instrumentos financieros equivalentes (European Commission, 2008).

La automatización del proceso de intercambio de información fiscal era necesaria (Sullivan, 2007), por lo que obtener la información fiscal de las cuentas extranjeras sin tener que solicitarla se convirtió en el objetivo.

Todo lo anterior supuso el momento propicio para lanzar una iniciativa como FATCA.

suizo. UBS y el IRS llegaron a un acuerdo en agosto de 2009 antes de dejar que la justicia resolviera el caso: UBS suministraría información sobre 4.450 cuentas estadounidenses además de la información sobre las otras 250 que se había obligado a suministrar por el *Deferred Prosecution Agreement of the criminal charges* (Harvey, 2011).

²⁶¹ En http://www.washingtonpost.com/wp-srv/online/20010510/online125928_000.htm y <http://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/pr486.aspx>

b) El problema de evasión fiscal de los países en desarrollo, la disposición de las entidades financieras y los avances tecnológicos

Los países en desarrollo comenzaban a percibir la evasión fiscal por cuentas en el extranjero como una amenaza real, que crecía a mayor ritmo del que crecían sus economías. El problema de la evasión fiscal internacional y el daño causado por paraísos fiscales y CFO a los países en desarrollo tiene una doble vertiente, por un lado la pérdida de recaudación fiscal por la propia evasión de cuentas en el extranjero, por otra la competencia fiscal que conduce a muchos países en desarrollo a bajar tipos y dar trato preferencial a las inversiones extranjeras. Es difícil estimar el efecto de la evasión fiscal en los territorios en desarrollo por la falta de instrumentos de medida, métodos y bases de datos (Riedel, 2010). Muchos de los estudios provienen de ONG: Oxfam (2000) estimaba que los países en desarrollo en su globalidad podían estar perdiendo anualmente ingresos fiscales por al menos 50.000 millones de dólares como resultado de la competencia fiscal y el uso de paraísos fiscales. También Oxfam (2009) dirá que las pérdidas de ingresos fiscales estimadas en países en desarrollo se encuentra entre los 64.000 y los 124.000 millones.

Si globalmente el patrimonio de los hogares mantenido *offshore* es aproximadamente del 6% (unos 7,8 billones de dólares), este porcentaje es significativamente más elevado en los países en desarrollo. Así, una cuarta parte del patrimonio de los hogares de Latinoamérica es mantenido offshore (900.000 millones de dólares) y casi una tercera parte del de África y Medio Oriente (1,5 billones de dólares). Además, la concentración de la riqueza y su crecimiento es mucho más acusado en esos países. Por último, las pérdidas de recaudación tributaria por la evasión fiscal *offshore* son probablemente más acentuadas (Grinberg, 2013).

Tanto las administraciones tributarias de los países en desarrollo como sus instituciones financieras tienen múltiples razones para apostar por un sistema uniforme de intercambio automático de información. Además, los mercados financieros internacionales y las instituciones financieras se mostraron dispuestos a cooperar tras la crisis financiera del 2008 (Gil Soriano, 2012).

Expone Grinberg (2013) que la adaptación de las entidades financieras y las administraciones tributarias de los países en desarrollo a través del avance de las tecnologías de la información, con la ayuda de las organizaciones internacionales,

servirá para hacer evolucionar los sistemas fiscales de estos países. Los países en desarrollo y las economías emergentes comparten, por tanto, los mismos intereses en la lucha contra la evasión fiscal y el desarrollo de sistemas eficientes para luchar contra la misma.²⁶² Estar en FATCA (o en otro mecanismo global de intercambio de información) supone mejorar la posibilidad de obtener información fiscal de sus contribuyentes y desarrollar las tecnologías necesarias para ello. Se convertirían en administraciones fiscales modernas y eficientes. Este paso ayudaría a estos países a combatir la evasión fiscal creciente entre sus contribuyentes más favorecidos económicamente lo que se traduciría en un incremento de la recaudación fiscal. Además, todo lo anterior redundaría en un reforzamiento de la *tax morale*, muy importante para aquellas economías (CFA OECD, 2013) mediante un incremento de la transparencia y la modernización de los procedimientos administrativos haciendo un mayor uso de las tecnologías de la información.

La OCDE, el Banco Mundial y el FMI promueven de forma constante la implementación de fórmulas de intercambio de información para los países en desarrollo y economías emergentes.²⁶³

c) Retención Anónima vs. Transparencia (RUBIK vs. FATCA)

Todos estos procesos de fomento de la transparencia eran observados por Suiza con cautela. No quería que su secreto bancario se viera comprometido. Por ello, el gobierno Suizo y la Asociación de Bancos Suizos propusieron en 2010 un nuevo y lucrativo acuerdo a los principales países miembros de la Unión Europea, tal intento se denomina RUBIK,²⁶⁴ como un sistema de retención ciega y regularización consistente, esencialmente, en recaudar una cantidad a tanto alzada de impuestos sobre las cuentas mantenidas en Suiza por extranjeros y enviada a los países de residencia que entren dentro del acuerdo: ingresos a cambio de privacidad bancaria (Martínez Giner, 2012). El acuerdo RUBIK supone una amnistía liberatoria sobre los activos mantenidos en Suiza para los residentes de los países firmantes y una retención sobre los rendimientos futuros de los activos amnistiados, siendo los

²⁶² “Interestingly, the concerns of emerging and developing economies regarding the contours of the new international regime substantially align with the concerns of multinational financial institutions”

²⁶³ Por ejemplo, la CAM: “to make it easier for developing countries to secure the benefits of the new co-operative tax environment, including a multilateral approach for the exchange of information.”

At <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/conventiononmutualadministrativeassistanceintaxmatters.htm>

²⁶⁴ Nombre elegido por la complejidad que conlleva el acuerdo.

ingresos obtenidos por la amnistía y la retención (calculada a través de complejos cálculos matemáticos) ingresados directamente por Suiza en los tesoros de los países firmantes. En resumen, ingresos fiscales de una amnistía e ingresos fiscales de rendimientos del ahorro en un país extranjero a cambio de la renuncia a la transparencia y el intercambio de información.

Aquí se presenta la lucha entre los dos sistemas: la retención ciega frente al intercambio de información. Es razonable que los bancos suizos hayan intentado una última maniobra a la desesperada para intentar mantener su *status quo*. El secreto bancario estaba siendo seriamente amenazado por el movimiento de transparencia²⁶⁵ llevado a cabo por la OCDE, la UE y sus Directivas y sobre todo, por FATCA.

Suiza comenzó a negociar RUBIK en 2010 con los principales miembros de la Unión Europea. En consecuencia, Reino Unido, Austria y Alemania decidieron formar parte del sistema. Esto provocó que la Unión Europea considerara RUBIK pernicioso e incompatible con la Directiva de Ahorro, y aplicara medidas de presión a los Estados miembros para rechazar las negociaciones con Suiza para implementar RUBIK.²⁶⁶ Los acuerdos RUBIK significaron una amenaza al proceso de transparencia iniciado, y la firma de algunos países europeos con Suiza fueron un revés a la lucha contra los paraísos fiscales, CFO y su secreto bancario. Supuso además una tremenda contradicción la negociación de Suiza con los EE.UU. en el acuerdo de cooperación de intercambio de información por FATCA y la negociación de Suiza con Austria, Alemania y el Reino Unido de un acuerdo de “no” intercambio de información por RUBIK.

Un buen ejemplo para ver la vinculación y contradicción de FATCA y RUBIK son los acuerdos entre EE.UU., Suiza y Reino Unido. Mientras los EE.UU. solo firmaban acuerdos FATCA recíprocos con aquellos países que podían garantizar la confidencialidad y protección de los datos (de ahí que el primer acuerdo intergubernamental firmado fuera con el Reino Unido en septiembre de 2012, lo que supuso un fuerte impulso a un sistema de transparencia y tratamiento de los datos), a

²⁶⁵ “The Swiss Bankers’ Association has confessed explicitly to what we have been arguing all along: that the pernicious and useless Rubik tax deals it has been trying to sign with a raft of countries is designed to kill the EU’s major transparency initiative” at <http://taxjustice.blogspot.ch/2012/08/its-official-swiss-admit-purpose-of.html>

²⁶⁶ “Commission warns against ‘Rubik’ temptation”, <http://www.europolitics.info/economy-monetary-affairs/commission-warns-against-rubik-temptation-art327997-30.html>

la vez el Reino Unido firmaba un acuerdo RUBIK que entraría en vigor en enero de 2013, renunciando a la transparencia y de hecho siendo completamente inconsistente con ésta (Kaye, 2014). A la vez, Suiza y los EE.UU. firmaban su acuerdo intergubernamental Modelo 2 con intercambio de información automático, pero no recíproco, en febrero de 2013.

Grinberg considera el sistema de retención ciego como un ataque a la soberanía de los países y debilitador del cumplimiento de la tributación de las rentas del capital, haciendo hincapié en los países en desarrollo (Grinberg, 2012b). La retención ciega no es sino una delegación de la recaudación fiscal a una entidad financiera extranjera, frente al intercambio de información que refuerza la capacidad de los gobiernos de someter a tributación a sus contribuyentes por todas las rentas. Dice que para los países en desarrollo la cuestión ya no es tanto si los grandes patrimonios acceden a cuentas *offshore* sino si dado tal acceso, las rentas del capital pueden ser sometidas a tributación.

Destaca Giner cómo la evolución hacia la transparencia de Suiza se vio truncada a raíz de su decisión del ministerio de finanzas de apoyar la iniciativa de la patronal bancaria suiza. Si bien Suiza había tomado la iniciativa, a raíz de su inclusión en la lista gris de la OCDE, de renegociar sus tratados de doble imposición revisando la cláusula de intercambio de información y había iniciado tramites legislativos para reforzar la asistencia administrativa internacional en materia fiscal (The Federal Assembly of the Swiss Confederation, 2012), que pretendía dar marco legal a lo que se ha llamado el secreto bancario transparente en la línea de los estándares de la OCDE que permitirá aplicar los CDI firmados por Suiza, esta tendencia hacia la transparencia se vio truncada con la firma de los acuerdos RUBIK, cuya idea fundamental era proteger el secreto bancario suizo frente a la ya imparable ola global de transparencia e intercambio de información.

Suiza firmó tres acuerdos RUBIK. El primero de ellos con Alemania, en septiembre de 2011, el segundo con Reino Unido en octubre del mismo año y el último con Austria ya en 2012.

Los acuerdos RUBIK son extraordinariamente complejos, incluyendo fórmulas matemáticas para calcular la retención final sobre activos previamente mantenidos en Suiza que no han pagado impuestos, como también sobre los futuros beneficios

derivados de la tenencia de dichos activos.²⁶⁷ La Comisión Europea consideró en la comunicación al Parlamento y el Consejo sobre formas concretas de fortalecer la lucha contra la evasión y el fraude fiscal con terceros países que Alemania ingresaría pagos adelantados de unos 2.000 millones de francos suizos y el Reino Unido 500 millones de francos suizos. Por el total de regularizaciones esperaban ingresar más de 1.300 millones el Reino Unido y más de 4.000 millones de francos suizos Alemania. El Reino Unido esperaba un rendimiento total de entre 4.000 y 7.000 millones de francos suizos (European Commission, 2012). Más allá de la trascendencia que daba la Comisión a estos datos para destacar la seriedad del problema de la evasión fiscal internacional, merece llamar la atención de que una recaudación fiscal de tal magnitud es más que tentadora para los países.

Análisis de TJN rebajan los ingresos por estos conceptos considerablemente debido a limitaciones del acuerdo al no incluir (voluntariamente): (i) las fundaciones, los *Trust* discrecionales y otras estructuras “sin” titular; (ii) dejar fuera de RUBIK los seguros, activo financiero puesto de moda en la última década para la gestión de patrimonios; (iii) no incluir las compañías comerciales, sino solo las empresas domiciliarias según la definición suiza; (iv) movilización a bancos extranjeros (o sucursales del banco suizo en el extranjero); (v) solo incluye los beneficios de inversiones “bancables”, no cajas de seguridad, o si las distribuciones tienen una determinación diferente como facturas de consultoría o royalties, las cuales al no ser “bancables” quedan fuera del ámbito de RUBIK; (vi) considerar los intereses como préstamos; y (vii) diferir y entonces mover todos tus activos fuera del país (Tax Justice Network, 2011).²⁶⁸

No obstante, el Reino Unido recibió en 2013 el primer pago por adelantado de 500 millones de francos suizos.²⁶⁹ Austria no recibió tal pago adelantado al no estar recogido en su acuerdo RUBIK. Pero lo más trascendente fue que el acuerdo suizo-alemán fue rechazado por el Bundesrat alemán en noviembre de 2012 como no compatible con la política nacional alemana y sus obligaciones internacionales. Las

²⁶⁷ Sirva como ejemplo el acuerdo entre Suiza y Reino Unido:

<https://www.gov.uk/government/publications/uk-swiss-confederation-taxation-co-operation-agreement/uk-swiss-confederation-taxation-co-operation-agreement>

²⁶⁸ <http://taxjustice.blogspot.ch/2012/10/list-of-killer-loopholes-in-swiss-rubik.html>

²⁶⁹ http://www.swissinfo.ch/eng/cash-cow_british-receive-initial-funds-from-tax-deal/34867206.

George Osborne dijo al respecto: *‘Last night HMRC received £340 million from the Swiss government; in the first installment of a deal we have struck. This is the first time in our history that money due in taxes has flowed to this country from Switzerland, rather than the other way round’*. (<http://www.taxadvisermagazine.com/article/swiss-rubik>)

presiones políticas en Alemania llevaron a rechazar el acuerdo, lo que supuso que no entró en vigor y dio el empuje definitivo a las políticas de lucha contra la evasión fiscal a través de la transparencia y el intercambio de información.

Otros países como Italia, Grecia o Bélgica mostraron su interés en llegar a un acuerdo con Suiza para alcanzar un acuerdo RUBIK.²⁷⁰ Francia por el contrario se mostró siempre contraria a acuerdos de este tipo. Ninguno de ellos alcanzó un acuerdo de este tipo con Suiza.

Los acuerdos²⁷¹ constan de tres partes, una primera de provisiones generales, incluyendo alcance, propósito de la ley, definiciones y reglas para determinar la identidad y residencia de las denominadas personas relevantes, así como el protocolo o certificación para descartar a las personas relevantes como no domiciliadas en el Reino Unido; una segunda sobre la regularización a pasado, en la que se ofrece a las personas relevantes²⁷² la posibilidad de hacer un único pago liberatorio al agente pagador suizo²⁷³ o autorizar el suministro de la información fiscal de los activos relevantes.²⁷⁴ La última parte se refiere a la retención final sobre los ingresos y ganancias procedentes de activos relevantes mantenidos en Suiza (United Kingdom & Switzerland, 2011).

La Comisión Europea manifestó sus dudas sobre la compatibilidad de los acuerdos RUBIK con la Directiva del Ahorro, al regular aspectos materiales ya cubiertos por la Directiva del Ahorro y establecer tipos de retención diferentes sobre los mismos rendimientos (Šemeta, 2011), lo cual conculcaba los mandatos de la competencia externa que ya había sido utilizada de forma previa por la UE, lo que en opinión de Moreno, no dejaba margen de maniobra para la firma de acuerdos bilaterales por parte

²⁷⁰ En este caso también TJN se mostró muy crítico con RUBIK e incluso publicó unas notas de prensa con informes adicionales sobre los cálculos de ingresos fiscales para cada uno de estos países en los que desacreditaba RUBIK desde el punto de vista de la recaudación de impuestos y recomendaba a los países no firmar el acuerdo que estaban negociando con Suiza (Tax Justice Network, 2012) <http://taxjustice.blogspot.ch/2012/09/press-releases-italy-belgium-greece.html>

²⁷¹ Finalmente con Reino Unido y Austria.

²⁷² Son consideradas personas relevantes individuos residentes en los países que firmantes que es titular de una cuenta, depósito o beneficiario efectivo de cualquier activo.

²⁷³ Se refiere a los bancos suizos bajo la ley bancaria suiza de 8 de noviembre de 1934, corredores de valores, bajo la ley del mercado de valores suizo de 1995 o personas naturales o jurídicas residentes o establecidas en Suiza que acepta, mantiene, invierte o transfiere activos de terceras partes o simplemente hace pagos de beneficios o ganancias a terceras personas o asegura dichos pagos en el curso normal de los negocios.

²⁷⁴ Todo tipo de activo bancario listado o depositado con un agente pagador suizo.

de los Estados miembros, atendiendo a los principios de competencia y subsidiariedad (Moreno González, 2013).

Además se planteaban dudas sobre la finalidad de una retención liberatoria sin información, lo cual según palabras del comisario Šemeta tiene una naturaleza final, frente a la naturaleza de adelanto de pagos bajo un acuerdo más amplio (con intercambio de información como finalidad) del acuerdo de la UE con Suiza. Es decir, la retención liberatoria y posterior ocultación chocaba con la estrategia común de la UE sobre fiscalidad del ahorro y transparencia.

Lo anterior motivó que el 20 de marzo de 2012 se firmara el protocolo de enmienda del acuerdo entre Suiza y Reino Unido y el 20 de abril de 2012 se firmara el protocolo de enmienda del acuerdo entre Suiza y Alemania.²⁷⁵

La Comisión consideró, tras analizar las enmiendas que los nuevos acuerdos enmendados respetarían el Derecho de la UE en cuanto no se solapara con las áreas ya cubiertas por la normativa comunitaria, en este caso, la Directiva del Ahorro y los acuerdos de la UE con Suiza. Las enmiendas eliminaban de los acuerdos todas las áreas cubiertas por la Directiva del Ahorro, y el comisario Šemeta declaró en abril de 2012 que estaba satisfecho con los acuerdos porque ahora cumplían la normativa europea (European Union, 2012).

El riesgo que representó RUBIK en aquel momento, la crisis económica y financiera en la que estaban instalados muchos de los países europeos que había llevado a tomar fuertes planes de ajuste y reformas fiscales, hacía que los países fueran tentados con una propuesta como RUBIK que significaba ingresos a cambio de privacidad,²⁷⁶ lo cual chocaba frontalmente con el plan seguido desde la UE, la OCDE y los EE.UU. de búsqueda de transparencia e intercambio de información. Dice Moreno que desde la perspectiva Suiza la conclusión de este tipo de acuerdos bilaterales representó un éxito parcial en el mantenimiento de su mercado financiero, aunque amortiguado por el fracaso del acuerdo con Alemania (Moreno González, 2013). Si los acuerdos se hubieran extendido a otros Estados miembros, la posición negociadora de Suiza se

²⁷⁵ Unos meses después de este protocolo de enmienda, el Bundesrat rechazaría el acuerdo.

²⁷⁶ Además, el resultado de la Directiva del Ahorro y su propio sistema de retención ciega que asumieron algunos países entre los que estaba Suiza no había ido del todo mal (Hemmelgarn & Nicodème, 2009): “Germany received 192.7 m Euro in 2005 and 2006, Italy 112.9m Euro followed by France and the United Kingdom (94.9m Euro)”.

habría visto fortalecida frente a la UE en el marco de la reforma de la Directiva del Ahorro.²⁷⁷

No obstante, la batalla entre la propuesta Suiza, bautizada como retención anónima (*“Anonymous Withholding”*) y la propuesta de la UE, OCDE y los EE.UU. de cooperación, buena gobernanza en el ámbito fiscal y transparencia acabaría en un reforzamiento de las políticas e instrumentos de lucha contra la evasión fiscal mediante el intercambio de información y la transparencia.

El hito que marca la ruptura de los países europeos con la propuesta de Suiza es el rechazo de la cámara alta alemana a la ratificación del acuerdo RUBIK (ya enmendado) en noviembre de 2012. Como muestra de la batalla que se estaba librando, resulta interesante citar el testimonio del profesor Itai Grinberg ante el Comité Financiero del Bundestag alemán el 14 de septiembre de 2012, en el que defendía las políticas de transparencia de los EE.UU., la OCDE y la UE como superiores a la retención anónima, mediante el desarrollo de sistemas tributarios más justos al igualar el tratamiento fiscal de los contribuyentes más sofisticados con el resto de la sociedad, lo que beneficiaría la moral y el cumplimiento fiscal y entre otros beneficios ayudaría a mejorar la administración tributaria global (Grinberg, 2012a). Otorga Grinberg una significancia especial a la ratificación del acuerdo suizo-alemán en el desarrollo de los acuerdos de intercambio de información con Suiza y como la ratificación del acuerdo perjudicaría la capacidad de coordinación internacional para presionar a Suiza y otros paraísos y CFO para adoptar sistemas de intercambio automático de información.

No se equivocaba Grinberg al destacar la importancia de la ratificación. De hecho, a partir del rechazo a la ratificación en noviembre de 2012, y debido al rol principal de Alemania dentro de la UE, la decisión frenó a otras jurisdicciones de la UE de finalizar acuerdos RUBIK con Suiza (Grinberg, 2013). Destaca Grinberg, en la línea con la vinculación entre FATCA y RUBIK, que una de las razones fundamentales del rechazo de la cámara alta alemana trae causa del reconocimiento en junio de 2012 por parte de Suiza del abandono del secreto bancario en sus relaciones con los EE.UU.²⁷⁸

²⁷⁷ Añadimos que de haberse producido, la posición negociadora de Suiza se habría reforzado frente a la UE en la negociación de la enmienda a Directiva del Ahorro, pero también frente a los EE.UU. en la negociación de la implementación de FATCA.

²⁷⁸ http://www.swissinfo.ch/directdemocracy/banking-secrecy_swiss-take-first-step-to-end-us-tax-spat/36135000

A partir de ahí, y a pesar del acuerdo entre Suiza y Reino Unido, se observa una aceleración de los esfuerzos para trabajar en un sistema multilateral de intercambio utilizando el modelo propuesto por los EE.UU. (con Alemania, España, Francia, Italia y Reino Unido). En enero de 2013 el Consejo Federal de Suiza publicó un informe sobre los avances financieros y fiscales durante 2012 (Swiss Federal Council, 2013).²⁷⁹ En este informe Suiza indica que se encuentra preparada para firmar acuerdos con respecto a la privacidad de los clientes de sus bancos en tanto se asegure que reclamaciones de los países son legítimas. Considera Swayer que esta es una nueva era para Suiza, en la que comenzó el deshielo de su secreto bancario (Sawyer, 2014).

En definitiva, la amenaza que supuso RUBIK fue vencida por las políticas entonces nacientes de transparencia e intercambio de información, lo que supuso un apoyo definitivo a la implementación de FATCA.

d) Triunfo de la transparencia, repercusión y apoyo internacional

En este escenario surgió FATCA, inicialmente previsto para solucionar un problema doméstico de los EE.UU. pero con un alcance internacional importante y trascendente. FATCA, a pesar de su complejidad, comenzó a ser visto como una realidad por el sistema financiero, las administraciones tributarias y los gobiernos. Además, parte del trabajo ya estaba hecho debido a la aplicación del sistema de QI que se implementó en 2001, al existir ya una colaboración previa de las entidades financieras extranjeras con el IRS y, por lo que esta (r)evolución no fue en absoluto una sorpresa. A pesar de la preocupación de las asociaciones y patronales de banca al principio,²⁸⁰ la mayoría de las entidades financieras sabían que debían comenzar a pensar en cómo cumplir con FATCA y con sus cargas administrativas. Casi desde el principio no les cupo duda de que cumplirían con este requerimiento del gobierno estadounidense, por lo que solo quedaron a la espera de noticias del IRS para que les indicara cómo implementar los procesos.

²⁷⁹ El informe destaca los esfuerzos de cooperación de Suiza poniendo como ejemplos los acuerdos de intercambio de información, la ley de asistencia administrativa en asuntos fiscales de 2012, los acuerdos con el tesoro estadounidense para implementar FATCA y los acuerdos con la UE sobre iniciativas de cooperación multilateral, incluyendo el Foro Global.

²⁸⁰ Numerosas fueron las cartas recibidas por el *Internal Revenue Service* y el *Treasury Department* desde diferentes asociaciones y federaciones de banca e inversión mostrando su preocupación por las dificultades en la implementación de FATCA: (European Banking Federation, 2010; International Banking Federation, 2010; Organization for International Investment, 2010)

Por otra parte, los gobiernos comenzaron a tomar posiciones. La comunidad internacional se mostraba alineada en la lucha contra la evasión fiscal y los paraísos fiscales: “*the bank secrecy is over*” fue la conclusión con la que la cumbre del G20 en Londres resumió su interés en esta lucha.²⁸¹ Ningún país iba a oponerse a una ley que idealmente combate la evasión fiscal internacional, cuyas prácticas se habían demostrado muy extendidas, sobre todo porque la ley no trataba de luchar contra competencias fiscales abstractas, sino que era una ley que consolidaba la transparencia y el intercambio de información internacional de contribuyentes propios.

Incluso más ejemplarizante fue el informe de la OECD (2013c) por la cumbre del G8 en junio de 2013, cuando decía en el primer párrafo del resumen ejecutivo que: “Importantes cantidades de dinero son mantenidas en cuentas en el extranjero sin pagar impuestos por parte de los contribuyentes que no declaran los beneficios en sus jurisdicciones. Las jurisdicciones de todo el mundo, pequeñas y grandes, desarrolladas y en vías de desarrollo, miembros de la OCDE y no miembros, permanecen unidas para hacer una llamada a tomar las acciones correspondientes para solventar el problema de la evasión fiscal.”

En resumen, la norma FATCA nació en un momento propicio y aunó voluntades para imponerse globalmente. La ley estaba aprobada, los obstáculos superados y los países y organizaciones querían verla funcionar, pero quedaba hacerla encajar en los diferentes sistemas.

2.3. ANÁLISIS DE LA IMPLEMENTACIÓN INTERNACIONAL DE LA NORMA FATCA

2.3.1. Alcance

Los problemas asociados al carácter extraterritorial de FATCA, derivados de (i) la obligación impuesta a las instituciones financieras extranjeras de cerrar una cuenta en los casos de carencia de suministro de datos por parte del cliente estadounidense, (ii) la obligación impuesta a las instituciones financieras extranjeras de retener el 30% sobre los pagos de fuente estadounidense que se hagan a una institución que no participe en FATCA o a los clientes recalcitrantes y (iii) la obligación impuesta a las entidades financieras extranjeras de comunicar al IRS la información financiera

²⁸¹ OECD (2010)

exigida por FATCA cuando existan indicios de que el cliente es estadounidense, planteaban por sí solos dudas jurídicas sobre si las instituciones financieras extranjeras podrían cumplir con las obligaciones de FATCA sin vulnerar la legalidad vigente del país donde operan (Martos Belmonte, 2015).

Sigue Martos Belmonte la reflexión sobre qué habría podido pasar si los EE.UU. hubieran decidido implementar FATCA de forma unilateral. Prevé que se habrían sucedido acciones legales por vulneraciones de las leyes domésticas, por ejemplo, sobre protección de datos por el suministro de información o de las leyes financieras de los países en los que radiquen las entidades financieras que en cumplimiento de la sección 1471(b)(1) del IRC cierran una cuenta a un cliente estadounidense que no proporcionara la información requerida (requerida por un las normas tributarias de otro país).

Existía pues la necesidad de que la norma FATCA se internacionalizara, se pasara a una aplicación generalizada, para lo cual se precisó de un enfoque intergubernamental²⁸² para lo que era necesario: (i) negociar con otros países una solución, (ii) que estos países tuvieran relevancia internacional y (iii) que el acuerdo fuera más allá de un mera asistencia para las entidades financieras y contuviera un verdadero modelo común de comunicación e intercambio automático de información.

Como bien apunta Moreno, la negociación vino desde instancias comunitarias,²⁸³ la relevancia internacional vino de la mano de los países del grupo de los 5 (G5) – Alemania, España, Francia, Italia y el Reino Unido - (Pecho Trigueros, 2014) y la consistencia vino del desarrollo del modelo de acuerdo intergubernamental entre los EE.UU. y los países del G5.

Desde el compromiso de los EE.UU. con el G5 de alcanzar un acuerdo y modelo de implementación de la norma FATCA que pudiera servir internacionalmente y que fuera un instrumento de implementación que salvara los obstáculos previstos de una eventual implementación unilateral, y que a la vez simplificara el cumplimiento de la normativa FATCA para las entidades financieras de los Estados de gobiernos

²⁸² Preferimos utilizar el término intergubernamental con el que se refiere la profesora Moreno a las negociaciones de implementación de FATCA que el término multilateral que utiliza Martos.

²⁸³ “*Commission welcomes US move to ensure enhanced international tax cooperation in a more business-friendly way*” (EU Commission, 2012)

firmantes²⁸⁴ nació el Modelo 1 de acuerdo intergubernamental para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la implementación de la FATCA. El Modelo 1 de acuerdo intergubernamental supone que las entidades financieras no reportarán la información exigida en FATCA directamente al IRS sino a sus propias administraciones tributarias que se encargarán de realizar el intercambio de información con el IRS. Además, implica reciprocidad, esto es, los EE.UU. se comprometen a entregar información fiscal a los Estados con los que exista un acuerdo intergubernamental con Modelo 1. Existe también un Modelo 1 sin reciprocidad.

Sobre las mismas fechas en las que el Modelo 1 fue publicado, el Departamento del Tesoro emitió una declaración conjunta con Suiza y Japón relativa a un acuerdo cooperativo para implementar FATCA como alternativa al Modelo 1. En noviembre de 2012 el IRS publicó el Modelo 2 de acuerdo intergubernamental, previamente acordado con Suiza y Japón.

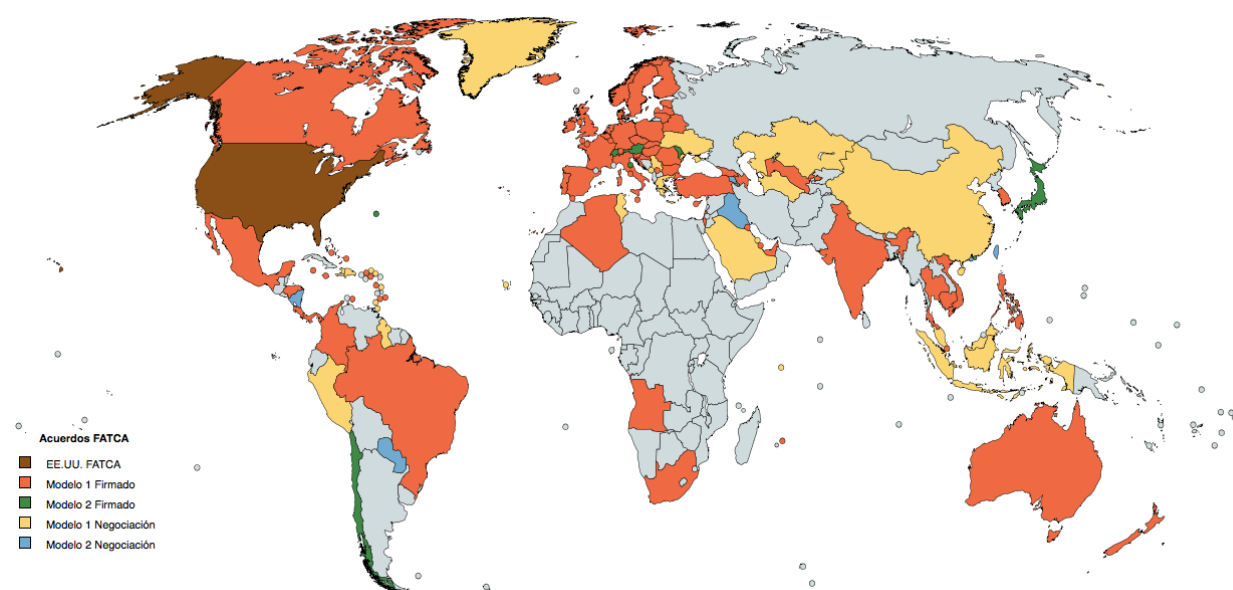
El Modelo 2 de acuerdo intergubernamental generalmente pide suministro directo de las entidades financieras al IRS, suplementado con una obligación de información adicional sobre cuentas recalcitrantes a petición del IRS.

Hasta mayo de 2016 los EE.UU. han firmado acuerdos intergubernamentales con 83²⁸⁵ países (75 Modelos 1 y 8 Modelos 2) y han negociado con otros 30 países para firmar acuerdos intergubernamentales (24 para Modelos 1 y 6 para firmar Modelos 2), lo que supone alcanzar un compromiso internacional muy amplio para solventar un problema de un país individual. Supone la transformación de FATCA como demanda unilateral en un compromiso internacional de aplicación.

²⁸⁴ Que quedan exoneradas de buena parte de cargas como (i) elimina la obligación de alcanzar acuerdos individuales y específicos con el IRS; (ii) permite comunicar la información de FATCA a la administración tributaria doméstica en lugar de hacerlo directamente al IRS; (iii) liberación de retenciones en los pagos recibidos y en los pagos realizados a recalcitrantes y “*passthru*” (hasta que se encuentre una alternativa mejor).

²⁸⁵ En el Anexo Lista de Países Firmantes de IGA se pueden ver los países y las fechas de firma de los acuerdos según la información ofrecida por la página web del Internal Revenue Service.

Figura 6: Mapa de los acuerdos intergubernamentales firmados y negociados



Fuente: Elaboración propia con datos de la página web del IRS: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA-Archive.aspx>

Tomado la base de datos de producto interior bruto del año 2013 ofrecidos por el Banco Mundial,²⁸⁶ el total de países que han firmado acuerdos intergubernamentales para la implementación de FATCA alcanzan el 73,95% del producto interior bruto mundial. Si sumamos a lo anterior los países que están negociando acuerdos intergubernamentales, entonces el porcentaje de PIB mundial dentro de acuerdos intergubernamentales supone el 91,27%.

Con respecto a los CFO, paraísos fiscales o territorios no cooperadores, EE.UU. ha firmado acuerdos intergubernamentales o está negociando con un buen número de ellos.

Por ejemplo, de la lista 46 CFO del Fondo Monetario Internacional (año 2000), EE.UU. ha firmado acuerdos intergubernamentales con 26 y está negociando con otros 8:

²⁸⁶ <http://data.worldbank.org/data-catalog/GDP-ranking-table>

Tabla 6: CFO y acuerdos intergubernamentales:

CFO	Acuerdo intergubernamental	CFO	Acuerdo intergubernamental
1 Andorra	No	24 Macao SAR	En negociacion
2 Anguilla	En negociacion	25 Malaysia (Labuan)	En negociacion
3 Antigua and Barbuda	En negociacion	26 Malta	Acuerdo Intergubernamental
4 Aruba	No	27 Marshall Islands	No
5 Bahamas, The	Acuerdo Intergubernamental	28 Mauritius	Acuerdo Intergubernamental
6 Bahrain	En negociacion	29 Monaco	No
7 Barbados	Acuerdo Intergubernamental	30 Nauru	No
8 Belize	No	31 Netherlands Antilles (Curaçao)	Acuerdo Intergubernamental
9 Bermuda	Acuerdo Intergubernamental	32 Niue	No
10 British Virgin Islands	Acuerdo Intergubernamental	33 Panama	Acuerdo Intergubernamental
11 Cayman Islands	Acuerdo Intergubernamental	34 Samoa	No
12 Cook Islands	No	35 Seychelles	En negociacion
13 Costa Rica	Acuerdo Intergubernamental	36 Singapore	Acuerdo Intergubernamental
14 Cyprus	Acuerdo Intergubernamental	37 St. Kitts and Nevis	Acuerdo Intergubernamental
15 Gibraltar	Acuerdo Intergubernamental	38 St. Lucia	Acuerdo Intergubernamental
16 Guernsey	Acuerdo Intergubernamental	39 St. Vincent and the Grenadines	Acuerdo Intergubernamental
17 Hong Kong SAR	Acuerdo Intergubernamental	40 Switzerland	Acuerdo Intergubernamental
18 Ireland	Acuerdo Intergubernamental	41 Turks and Caicos Islands	Acuerdo Intergubernamental
19 Isle of Man	Acuerdo Intergubernamental	42 Vanuatu	No
20 Jersey	Acuerdo Intergubernamental	43 Dominica	En negociacion
21 Lebanon	No	44 Grenada	En negociacion
22 Liechtenstein	Acuerdo Intergubernamental	45 Montserrat	Acuerdo Intergubernamental
23 Luxembourg	Acuerdo Intergubernamental	46 Palau	No

Fuente: Elaboración propia.

En cuanto al alcance de los acuerdos intergubernamentales (al menos los Modelos 1 con reciprocidad), puede considerarse que de hecho modifican los CDI, ya que convierten el artículo 26 en una cláusula de intercambio automático de información, con las consecuencias de legitimidad que pueda suponer.

Sin duda que FATCA está cambiando el panorama internacional de la lucha contra la evasión fiscal mediante el uso eficiente de los CDI y los AII: un nuevo paradigma en la fiscalidad internacional puede estar naciendo.

La mayoría de los países desarrollados están en FATCA. La evasión fiscal por cuentas en el extranjero es un problema que todos quieren resolver y FATCA podría iluminar tal solución. Fue fundamental en el inicio el impulso que supuso para FATCA que el G5 de la UE tomara una postura colaborativa con respecto a FATCA y desarrollaran y firmaran los correspondientes acuerdos intergubernamentales, poniendo de manifiesto la importancia de esta norma globalmente.²⁸⁷ Las

²⁸⁷ El apoyo se hizo mediante una carta de los cinco ministros de finanzas al comisario de fiscalidad, Algirdas Semeta, pidiendo a este la entrada en FATCA desde las administraciones tributarias, su apoyo e incluso el intento de tomar medidas similares en el entorno de la UE.

negociaciones y acuerdos con Suiza y Japón y el desarrollo del Modelo 2 de acuerdo intergubernamental también se pueden considerar hitos en la implementación de FATCA globalmente. En este caso, tanto los impulsores del Modelo 1 como los del Modelo 2 son países desarrollados y con relevancia internacional.

La implementación de FATCA en los países en desarrollo ha madurado a otro ritmo. En una primera fase, no muchos países en desarrollo se unieron a FATCA, a pesar de que los EE.UU. lideraron las negociaciones con muchos de ellos.

Tras la primera implementación de FATCA, podemos concluir que los EE.UU. han contado con el apoyo de las economías desarrolladas: las de Europa, Japón, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, habiendo firmado prácticamente todos acuerdos intergubernamentales. Ha alcanzado igualmente acuerdos con los CFO y con las economías denominadas en transición (a excepción de Rusia) y elige las economías en desarrollo con las que negociar, bien por proximidad (México), por interés comercial (China o Hong Kong) o por afinidad política (Colombia, Chile, Arabia Saudita, Kuwait o Israel).

En las Tablas 7, 8 y 9 se exponen la red de acuerdos y negociaciones de EE.UU. con los diferentes países, catalogados en países desarrollados, en transición y en desarrollo y diferenciados por regiones. La clasificación se ha obtenido siguiendo la clasificación de países realizada por la división de desarrollo de políticas y análisis (DPAD, por sus siglas en inglés) del departamento de Economía y Asuntos Sociales del Secretariado de las Naciones Unidas.

Tabla 7: FATCA y los Países Desarrollados

Desarrollados					
Europa			Otros Países		
Unión Europea	Otros Europa				
Austria	Mod 2	Iceland	Mod 1	Australia	Mod 1
Belgium	Mod 1	Norway	Mod 1	Canada	Mod 1
Denmark	Mod 1	Switzerland	Mod 2	Japan	Mod 2
Finland	Mod 1			New Zealand	Mod 1
France	Mod 1			United States	FATCA
Germany	Mod 1				
Greece	Neg				
Ireland	Mod 1				
Italy	Mod 1				
Luxembourg	Mod 1				
Netherlands	Mod 1				
Portugal	Mod 1				
Spain	Mod 1				
Sweden	Mod 1				
United Kingdom	Mod 1				
Bulgaria	Mod 1				
Cyprus	Mod 1				
Czech Republic	Mod 1				
Estonia	Mod 1				
Hungary	Mod 1				
Latvia	Mod 1				
Lithuania	Mod 1				
Malta	Mod 1				
Poland	Mod 1				
Romania	Mod 1				
Slovak Republic	Mod 1				
Slovenia	Mod 1				

Fuente: Elaboración Propia.

Tabla 8: FATCA y los países en transición

En Transición			
Sureste de Europa			
Albania	-	Armenia	Neg
Bosnia and Herzegovina	-	Azerbaijan	Mod 1
Croatia	Mod 1	Belarus	Mod 1
Montenegro	Neg	Georgia	Mod 1
Serbia	Neg	Kazakhstan	Neg
Macedonia	-	Kyrgyzstan	-
		Republic of Moldova	Mod 2
		Russian Federation	-
		Tajikistan	-
		Turkmenistan	Neg
		Ukraine	Neg
		Uzbekistan	Mod 1

Fuente: Elaboración Propia.

Tabla 9: FATCA y los países en desarrollo

En Desarrollo					
Africa		Asia		Latinoamérica y el Caribe	
Algeria	Mod 1	Brunei	-	Barbados	Mod 1
Egypt	-	Darussalam	-	Cuba	-
Libya	-	China	Neg	Dominican Republic	Neg
Morocco	-	Hong Kong	Mod 2	Guyana	Neg
Tunisia	Neg	Indonesia	Neg	Haiti	Neg
Central Africa	-	Malaysia	Neg	Jamaica	Mod 1
Cameroon	-	Myanmar	-	Trinidad and Tobago	Neg
Central African Republic	-	Papua New Guinea	-	Costa Rica	Mod 1
Chad	-	Philippines	Mod 1	El Salvador	-
Congo	-	South Korea	Mod 1	Guatemala	-
Equatorial Guinea	-	North Korea	-	Honduras	Mod 1
Gabon	-	Taiwan	Neg	Mexico	Mod 1
Sao Tome and Principe	-	Thailand	Mod 1	Nicaragua	Neg
Burundi	-	Viet Nam	Mod 1	Panama	Mod 1
Comoros	-	Bangladesh	-	Argentina	-
Democratic Republic of the Congo	-	India	Mod 1	Bolivia	-
Djibouti	-	Iran (Islamic Republic of)	-	Brazil	Mod 1
Eritrea	-	Nepal	-	Chile	Mod 2
Ethiopia	-	Pakistan	-	Colombia	Mod 1
Kenya	-	Sri Lanka	-	Ecuador	-
Madagascar	-	Bahrain	Neg	Paraguay	Neg
Rwanda	-	Iraq	Neg	Peru	Neg
Somalia	-	Israel	Mod 1	Uruguay	-
Sudan	-	Jordan	-	Venezuela	-
Uganda	-	Kuwait	Mod 1		
United Republic of Tanzania	-	Lebanon	-		
Angola	Mod 1	Oman	-		
Botswana	-	Qatar	Mod 1		
Lesotho	-	Saudi Arabia	Neg		
Malawi	-	Syrian Arab Repuplic	-		
Mauritius	Mod 1	Turkey	Mod 1		
Mozambique	-	United Arab Emirates	Mod 1		
Namibia	-	Yemen	-		
South Africa	Mod 1				
Zambia	-				
Zimbabwe	-				
Benin	-				
Burkina Fasso	-				
Cape Verde	Neg				
Côte d'Ivoire	-				
Gambia	-				
Ghana	-				
Guinea	-				
Guinea Bisau	-				
Liberia	-				
Mali	-				
Mauritania	-				
Niger	-				
Nigeria	-				
Senegal	-				
Sierra Leone	-				
Togo	-				

Fuente: Elaboración propia.

2.3.2. Análisis de los riesgos de implementación de FATCA

FATCA y sus exigencias de cumplimiento conllevan cargas extraordinarias en su implementación para todos los agentes implicados, ya sean entidades financieras o

administraciones tributarias, pero sobre todo puede conllevar violaciones de los sistemas legales de algunos de los países participantes.

Un análisis de la implementación de FATCA puede ser dividido en una aproximación a corto plazo, cual sería la implementación inmediata de FATCA mediante acuerdos intergubernamentales (necesarios para aplicar FATCA pero con complicaciones derivadas del encaje con las diferentes leyes domésticas y las cesiones de soberanía fiscal) y una visión a largo plazo (asumiendo que todos los acuerdos intergubernamentales necesarios para una implementación exitosa son concluidos con éxito) sobre los problemas operativos y el cumplimiento efectivo del intercambio. Como ya hemos dicho, FATCA es compleja de ejecutar, por lo que disponer de suficientes recursos (humanos y técnicos) y simplificar las tareas derivadas del cumplimiento serán puntos clave para que FATCA (o en su caso, un intercambio automático de información global) sea factible. A tal efecto, en esta perspectiva a largo plazo hay que decir que los expertos en FATCA (y en las otras soluciones de intercambio automático de información) son optimistas en el largo plazo al considerar que los avances técnicos, junto con el expertise y la mecanización de equipos y procesos permitirá en un plazo de entre 5 y 10 años a las administraciones tributarias disponer de información fiscal de sus contribuyentes por operaciones *offshore* que eran impensables a principios de siglo.²⁸⁸

Gil Soriano en los trabajos para el Informe Nacional español para el Congreso de la European Association of Tax Law Professors (Martín Dégano et al., 2014) expone diez desafíos que debe enfrentar FATCA, divididos en cuatro niveles: político, legislativo, técnico y económico. Utilizaremos su acertado análisis en nuestro análisis de los riesgos de implementación de FATCA.

a) La soberanía fiscal

El primer obstáculo está relacionado con la invasión de la soberanía fiscal de terceros países a través de la implementación de FATCA. Todos los países tienen sistemas legales que pueden verse afectados por la aplicación de una norma de carácter extraterritorial. En este sentido, las entidades financieras y asociaciones de banca trataron de poner de manifiesto tal exceso político. Pero no solo bancos, políticos y

²⁸⁸ Stephen Shay, *senior lecturer* de la Harvard Law School y uno de los grandes expertos en la norma FATCA hacía tales apreciaciones en su Seminario de Políticas Fiscales en marzo de 2016.

gobiernos mostraron sus dudas o contrariedades sobre FATCA: Jim Flaherty, ministro de finanzas canadiense en el momento del lanzamiento de la FATCA escribió una carta abierta a los periódicos estadounidenses mostrando sus preocupaciones sobre FATCA.²⁸⁹ También el entonces ministro de exteriores ruso dijo que *“esta ley [FATCA] tiene esencia extraterritorial y es contraria al principio de igualdad soberana. Exige a las entidades financieras extranjeras cumplir con una ley americana”* o por ejemplo, el gobernador del Banco Central libanés, Riad Slameh, que recomendó a los bancos libaneses aceptar la retención del 30% en las operaciones financieras americanas arguyendo que cumplir con FATCA sería legalmente complicado y conllevaría una especie de auditoría por parte del IRS sobre los bancos libaneses que violaría la normativa interna.²⁹⁰ Más allá, algunos autores consideran que FATCA no se impondrá debido a las imposiciones extraterritoriales de obligaciones fiscales o a posible violación del secreto bancario (Behrens, 2009) (Zavaleta Álvarez & Speer, 2012).

Los Estados son contrarios a ceder soberanía fiscal. Incorporar una norma fiscal emanada en un país extranjero puede suponer un coste político importante para los países. La reciprocidad puede ser un factor que explique políticamente la aceptación de los acuerdos intergubernamentales, sin embargo tal reciprocidad no queda clara (Christians, 2013b) en los acuerdos que incorporan reciprocidad y directamente no existe en los Modelos 1 sin reciprocidad y Modelo 2 de acuerdos intergubernamentales.

La forma de hacer operar FATCA sin contravenciones indeseadas, fue configurada por los EE.UU. a través de los CDI y los AII. Por ello, en los últimos años un gran número de estos acuerdos han sido firmados por los EE.UU.²⁹¹ Tanto CDI como AII son generalmente aceptados por su carácter de mutuo beneficio para los firmantes, lo cual no necesariamente socava la soberanía (Eccleston, 2011).

No obstante, para el caso de los CDI, al limitar FATCA (norma interna estadounidense) beneficios establecidos en los convenios, como lo son las

²⁸⁹ <http://business.financialpost.com/2011/09/16/read-jim-flahertys-letter-on-americans-in-canada/>

²⁹⁰ <http://www.brownrudnick.com/news-resources-detail/2013-05-fatca-compliance-challenges-lebanese-bank-secrecy-laws>

²⁹¹ Número de AII firmados por año: 2012: 7; 2011: 67; 2010: 200; 2009: 197; 2008: 24; 2007: 12; 2006: 0; 2005: 2; 2004: 0; 2003: 1; 2002: 6; 2001: 1; 2000: 1. Los EE.UU. han estado especialmente activos en los años previos a FATCA.

<http://www.oecd.org/ctp/harmful/taxinformationexchangeagreementstieas.htm>

reducciones en las retenciones por dividendos o intereses, la propia ley FATCA supone un cambio sustancial del CDI que debería llevarse a cabo mediante la modificación del mismo (Christians, 2013c). Los acuerdos intergubernamentales no pueden considerarse en ningún caso un nuevo protocolo de modificación de un CDI, de hecho la administración estadounidense los considera como interpretaciones de la cláusula de intercambio de información (Christians, 2013c), insuficiente para el efecto de la medida. Aunque son las autoridades de los países firmantes de los acuerdos intergubernamentales las que deberían consultar sobre la conveniencia de negociar modificaciones del CDI para recoger dichos cambios (artículo 29 del CDI entre España y EE.UU.), los países han firmado acuerdos intergubernamentales y los han incorporado a su normativa interna en vez de acudir a la negociación de protocolos modificativos de los CDI.²⁹² Como bien expone Martos Belmonte (2015), a efectos de sintetizar lo que es FATCA, resulta útil remitirse a lo que ya está escrito y publicado en el BOE.

Podríamos encajar aquí las teorías expuestas sobre la desagregación de la soberanía consistentes en asumir que la soberanía fiscal tiene dos partes, una soberanía administrativa que los Estados están dispuestos a ceder y otra soberanía legislativa que se encuentra en el corazón del principio de la soberanía y que los Estados nunca ceden (Rixen, 2008). Pues bien, el intercambio de información podría considerarse dentro de la soberanía administrativa en el régimen fiscal internacional por lo que los Estados tienen una disposición más colaborativa en este ámbito que además conjugada con la reciprocidad (en su caso) podría valer para superar el obstáculo de la soberanía.

b) El secreto bancario

Otros aspectos que comprometían FATCA a corto plazo eran los obstáculos derivados del secreto bancario o la protección de datos.

En relación con el secreto bancario, muchos países disponen de sistemas legales que protegen el derecho a la intimidad de los clientes de banca. Pero también muchos sistemas legales tienen, como el español, cláusulas normativas o sentencias de órganos judiciales que hacen prevalecer el derecho de colaboración del contribuyente

²⁹² Sin embargo, EE.UU. como firmante por su parte de los acuerdos no ha considerado someter la aprobación de los mismos al Senado (necesaria para la aprobación de tratados o protocolos).

sobre el derecho a la intimidad. El Tribunal Constitucional español habilita el intercambio de información tributaria estableciendo el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante un sistema tributario justo establecido en el artículo 31.1 de la Constitución Española, dado que dicha obligación resulta esencial para alcanzar la equidad fiscal. El Tribunal Supremo español confirma tal consideración: “el derecho a la intimidad no puede desvincularse del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos” (Martín Dégano et al., 2014). Otros ejemplos los encontramos en el Tribunal Constitucional de Perú que en su Sentencia Expediente número 4-2004-AI/TC del 21 de Septiembre del 2004 señala que no procede invocar el secreto bancario cuando existe un hecho gravado de interés fiscal (Zavaleta Álvarez & Speer, 2012). O Argentina, país con normas de secreto bancario, que han acabado realizando una modificación normativa (Comunicación “A” 5581) para adaptar su normativa a las exigencia de la OCDE y de EE.UU. y su Ley FATCA y poder así intercambiar información fiscal de no residentes.

En el caso de Suiza, aunque ha realizado en los últimos años modificaciones sustantivas de su regulación relacionadas con el intercambio de información fiscal que acercan al país a los estándares internacionales²⁹³ y ha cedido ante los (justificados) ataques de la justicia americana contra su sistema bancario,²⁹⁴ sin embargo, no ha realizado una modificación sustancial de su secreto bancario para aplicar su compromiso categórico y global de cumplir con FATCA mediante la firma de un acuerdo intergubernamental que puede salvar incumplimientos legales de su sistema bancario a la vez que cumple con los EE.UU. en la entrega de información fiscal de contribuyentes americanos, reforzando la colaboración y sobre todo la expansión de FATCA. Más bien ha negociado una solución salomónica mediante el acuerdo intergubernamental Modelo II, para que todas las entidades financieras suizas (excepto bancos regionales y locales, y fondos de pensiones y aseguradoras) se registren con el IRS, intercambiando únicamente la información de los contribuyentes americanos que así lo autoricen, catalogando al resto como clientes no colaboradores, sobre los que los EE.UU. podrán presentar solicitudes de cooperación administrativa, en el marco de los acuerdos con la OCDE (Montoro Zulueta, 2013). De esta forma

²⁹³ Cambios legislativos como la Ley Federal de asistencia en materia fiscal o la revisión de las cláusulas de intercambio de información de todos sus CDI o la confirmación como miembro del Foro Global y de la CAM.

²⁹⁴ Casos UBS o Wegelin.

Suiza adapta FATCA sin renunciar, de forma categórica, a su secreto bancario.

En conclusión, el secreto bancario efectivamente es objeto de controversia en la aplicación de FATCA, pero bien los esfuerzos de los países, bien las negociaciones internacionales están haciendo que tal problema no limite la expansión de FATCA.

c) La protección de datos

En relación con la protección de datos, aquellos países que, como los de la UE, tienen normativas exigentes de protección de datos pueden encontrar dificultades a la hora de cumplir con FATCA.

La problemática de la protección de datos en el caso de FATCA muestra, desde nuestro punto de vista, una doble cara: por una parte representa la dificultad de imponer extraterritorialmente una normativa y por otra la búsqueda de soluciones cooperativas cuando existe una voluntad común.

La protección de datos es un claro ejemplo de lo primero. Así, para el caso de la Unión Europea, mientras la norma es estadounidense y está destinada a contribuyentes estadounidenses, el efecto extraterritorial obliga a las entidades financieras europeas a recoger datos personales, las cuales quedan sometidas a las normativas de protección de datos tanto comunitarias como estatales. Por tanto, existía riesgo de vulneración de los principios de protección de datos, consagrados en el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y en la Directiva Europea de protección de datos (95/46/EC). En consecuencia el grupo de protección de las personas en lo que respecta a la protección de datos (“Article 29 Working Party”, en adelante, WP29) se movilizó ante la posible vulneración legal. El 21 de junio 2012, Kohnstamm (2012) expresaba en una carta a la Comisión Europea su opinión.

En dicha carta, dirigida al Director General de Impuestos de la Comisión Europea, Jacob Kohnstamm, en nombre del WP29 considera que a pesar del legítimo objetivo que representa FATCA y de la valoración de tal medida como necesaria por parte de la UE, la transferencia de información fiscal en masa no es la mejor manera de alcanzar el objetivo, proponiendo formas más selectivas y respetuosas con la privacidad de las personas. Prevé, por tanto, un incumplimiento de la normativa de protección de datos, a menos que se tomen medidas de ajuste legal al marco normativo de la norma europea.

Y aquí es donde observamos la búsqueda de soluciones cooperativas. El WP29, en la propia carta, y a la vista de los avances entre EE.UU. y los cinco principales países de la UE (Reino Unido, Alemania, Francia, Italia y España), prevé la solución intergubernamental consolidada a través de CDI como una vía para ajustar la problemática de la protección de datos que FATCA representa a la normativa europea.

No toma sin embargo tal enfoque como una solución definitiva, pero sí considera que el mismo, si es correctamente aplicado, podría evitar el incumplimiento de la normativa de protección de datos por parte de las entidades financieras.

Considera Brodzka (2013) que el cambio en los Estados miembros de la UE con respecto a FATCA a principios de 2012 no fue provocado únicamente por el cambio de enfoque desde EE.UU. sino porque los propios Estados europeos dieron prioridad a la oportunidad de usar la experiencia de EE.UU. en la creación de un sistema global común de intercambio de información y antepusieron este anhelo al complejo del “*tax diktak*” estadounidense y los problemas de compatibilidad entre normas.

EE.UU. por su parte vio en los acuerdos intergubernamentales, apoyados en CDI o AII la forma de solventar problemas jurídicos y de implementación.

3. LA INCIDENCIA DE LOS PODERES POLÍTICOS DE LOS EE.UU. EN LA LUCHA CONTRA LA EVASION FISCAL INTERNACIONAL

3.1. ORIGEN ECÓNOMICO DE LA LUCHA CONTRA LA EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL

Si consideramos el amplio alcance multilateral de la lucha contra la evasión fiscal internacional como el objetivo de un plan preconcebido por los países desarrollados, advertimos en su argumentario que las razones originales de dicho plan son puramente económicas o presupuestarias (*Tax avoidance and tax evasion threaten government revenues*),²⁹⁵ quedando en un segundo plano las razones políticas.²⁹⁶ No obstante, como intentaremos demostrar en este epígrafe, ni las razones económicas y

²⁹⁵ Página principal de OCDE sobre la evasión fiscal: <http://www.oecd.org/ctp/fightingtaxevasion.htm>

²⁹⁶ Como que la evasión fiscal produce una pérdida de soberanía en los países, que no pueden regular libremente, al verse constreñidos por la competencia fiscal dañina o que produce desigualdades al beneficiar a las rentas altas sobre las bajas y desplazar la carga impositiva a las rentas menos deslocalizables como el trabajo y el consumo, golpeando a las clases bajas y medias. También podríamos considerar razones políticas las sociales y redistributivas frente a las políticas económicas liberales y de libre mercado.

presupuestarias son tan evidentes ni las razones políticas tan secundarias y prescindibles, pudiendo estas últimas suponer el fin de la acción global iniciada si no se provee a todo el proceso de un guión convincente y sustentado en fundamentos y principios económicos, políticos y fiscales sólidos.

Ya hemos visto en el capítulo I cómo las consecuencias económicas de la competencia fiscal se convertirán, azuzadas por la eclosión de la crisis de 2008, en el origen de la última iniciativa de los Estados (desarrollados) para acordar globalmente una agenda de lucha contra la evasión fiscal internacional.

Hemos visto igualmente cómo la competencia fiscal acarrea una movilización de bases de las multinacionales y la los contribuyentes con rentas y patrimonios altos (únicos contribuyentes con capacidad de utilizar los mecanismos de movilización) que a la larga, y bajo el amparo de jurisdicciones favorecedoras,²⁹⁷ genera una situación de pérdida de ingresos fiscales compensado con el incremento impositivo sobre las rentas sin capacidad de deslocalización (principalmente trabajo y consumo), perjudicando principalmente a empresas locales, asalariados y rentas medias y bajas.

Aunque desde finales del siglo XX algunas teorías económicas²⁹⁸ alertaban de una pérdida de ingresos tributarios (termitas fiscales, *spillover*, *tax gap*) como consecuencia de la planificación internacional y el aprovechamiento de la deslocalización de bases y de los activos, los principales operadores internacionales no han conseguido demostrar que existe una pérdida de recaudación fiscal real en los Estados con tributación elevada directamente vinculada al fenómeno, más allá del efecto de pérdida de recaudación derivado de la crisis.²⁹⁹ La OCDE y el FMI recurren a otros análisis diferentes a los derivados de las contabilidades nacionales para probar el efecto. Así, por ejemplo, acuden a otros datos que sustentarían de forma indiciaria la deslocalización como, por ejemplo, el extraño equilibrio de inversiones extranjeras directas.³⁰⁰ No obstante no se puede afirmar sobre la base de los datos aportados por

²⁹⁷ Traemos aquí un ejemplo como el de las Islas Cayman, con situaciones tan absurdas como la denunciada por el Senador Bernie Sanders en su propuesta de campaña *Making the Wealthy, Wall Street, and Large Corporations Pay their Fair Share* en la que un edificio de cinco plantas allí localizado opera como domicilio de 18.000 sociedades (<https://berniesanders.com/issues/making-the-wealthy-pay-fair-share/>)

²⁹⁸ Ver nota al pie 52.

²⁹⁹ Tal como se expuso en el capítulo I, varios trabajos de la doctrina, organizaciones no gubernamentales y entidades privadas han intentado realizar una aproximación cuantitativa al fenómeno *offshore*, pero no existe certeza sobre el efecto en la recaudación fiscal.

³⁰⁰ Consideran indicios que las IED recibidas en 2010 por Islas Vírgenes Británicas, Barbados y

la OCDE que se ha producido una caída de la recaudación impositiva como consecuencia del fenómeno *offshore* o una clara conclusión sobre el fenómeno de la movilización de beneficios.³⁰¹

Ángel Gurría, secretario general de la OCDE mantiene en la presentación del plan BEPS, en una declaración más política que puramente económica, que “El desafío conjunto de la evasión fiscal y la erosión de bases fiscales yace en el corazón del contrato social. Nuestros ciudadanos están demandando que luchemos contra la evasión fiscal *offshore* de las grandes fortunas y se modernice el sistema fiscal internacional para prevenir que las multinacionales deslocalicen artificialmente beneficios que supongan una minoración o incluso una doble no tributación que erosione nuestra base fiscal”.

En resumen, la lucha contra la evasión fiscal por motivos de pérdida de recaudación fiscal no se puede sustentar en las estadísticas de la OCDE. De los datos de recaudación documentados por la OCDE³⁰² no se puede concluir una tendencia clara de pérdida de recaudación de impuestos, más allá de las pérdidas derivadas de la crisis, por lo que no se puede achacar tal pérdida a la evasión fiscal *offshore* o la deslocalización y erosión de bases. Como veremos, esta simplista visión tiene importancia en la batalla de cierto sector político estadounidense que pugna por abandonar las políticas internacionales de lucha contra la evasión fiscal propuestas por la OCDE y adentrarse en un escenario de libre competencia fiscal entre los Estados y ausencia de regulación y cooperación multilateral anti-evasión.

A continuación mostramos en la Figura 7 las tendencias de los países OCDE en la recaudación de impuestos, en la que se combinan el total de ingresos tributarios y la composición de estos según los diferentes conceptos: renta de los individuos, renta de

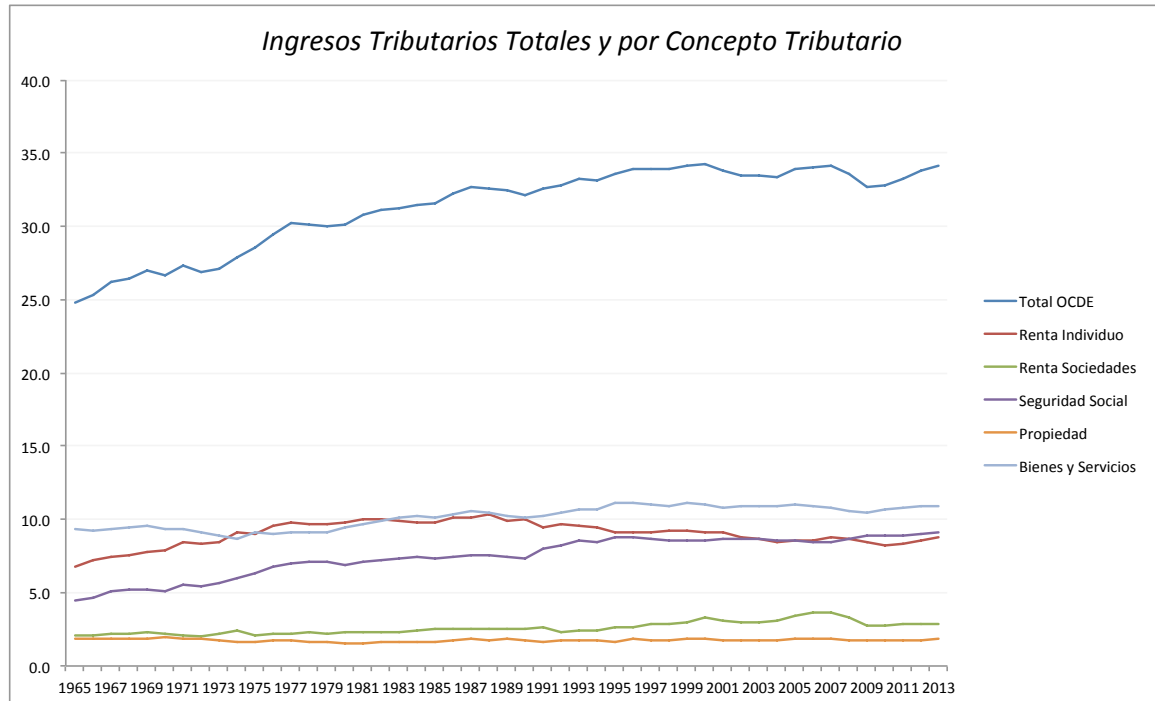
Bermuda (5,11% mundial) fueran superiores a las recibidas por Alemania (4,77%) o Japón (3,76%). De la misma forma, los tres primeros países invirtieron más (4,54%) que Alemania (4,28%). Otros datos significativos que revela en el informe son que Islas Vírgenes Británicas son el segundo inversor en China (14%), que Islas Mauricio es el primer inversor en India (24%) o Chipre en Rusia (28%). Además, resulta interesante el análisis de datos de inversiones a través de vehículos especiales o entidades de tenencia de valores⁵⁴. El 81,85% de las IED en Países Bajos o el 93,33% en Luxemburgo se realizan a través de estos vehículos, mientras que las IED desde estos mismos países al extranjero a través de estas entidades supone el 75,54% y el 90,89% respectivamente.

³⁰¹ “With the data currently available, it is difficult to reach solid conclusions about how much BEPS actually occurs” (OECD, 2013b).

³⁰² Revenue Statistics-Comparative Tables en <https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=REV>

sociedades, seguridad social, impuestos a la propiedad y sobre bienes y servicios³⁰³ en puntos porcentuales sobre el Producto Interior Bruto.

Figura 7: Ingresos Tributarios Totales y por Concepto Tributario



Fuente: <https://data.oecd.org/gga/general-government-spending.htm#indicator-chart>

Como puede observarse, a excepción del impuesto sobre la renta de los individuos,³⁰⁴ no existe una clara pérdida de ingresos tributarios en los últimos 20 años, etapa en la que comenzó a elaborarse la primera campaña de la OCDE contra la evasión fiscal internacional.

Se aprecia de hecho un incremento paulatino de la recaudación tributaria (a excepción de los años de la crisis), teniendo en cuenta además que durante esos años se ha producido una importante caída de tipos impositivos tanto en los impuestos a la renta a los individuos o como a las sociedades. Efectivamente, según la propia OCDE los tipos impositivos de estos impuestos han caído en promedio 7,8% desde 1994 a 2000 y 7,2% desde 2000 a 2011 respectivamente (OECD, 2011). Con respecto a la diferencia entre la caída de tipos en sociedades y el mantenimiento, incluso incremento durante la primera década del 2000, de los ingresos tributarios, la OCDE

³⁰³ No se consideran otros, como impuestos especiales por su mínima significancia.

³⁰⁴ Debido principalmente a la caída de los tipos impositivos y la aparición de otros impuestos que compensaban la pérdida de recaudación.

la explica mediante la ampliación de las bases impositivas gracias a la minoración de las depreciaciones ajustándola a la depreciación real de los activos, la reducción de las exenciones y deducciones (o *tax expenditures* en inglés) y por último la reducción de la elusión fiscal mediante planificación fiscal mediante el cierre de *loopholes*.

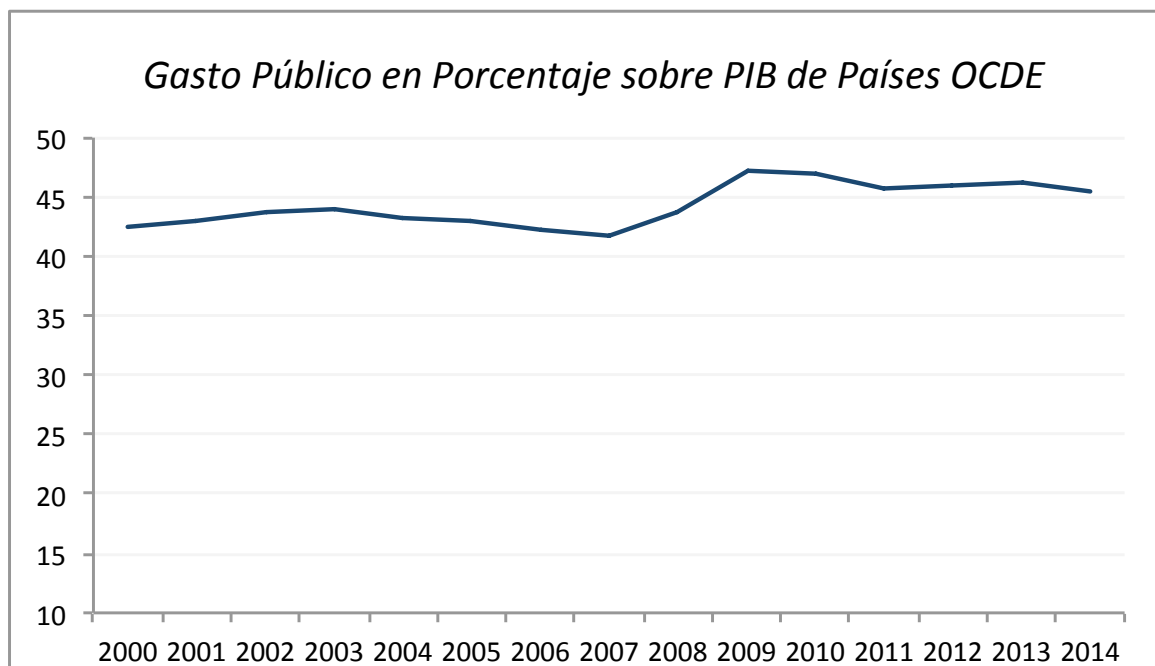
Otras explicaciones serían el incremento en la utilización de sociedades para beneficiarse de su, por lo general, menor tipo impositivo, lo que explicaría su vez la caída de recaudación en el impuesto sobre la renta de los individuos (Eurostat, 2012) o simplemente el incremento del fenómeno corporativo de los últimos veinte años debido a la expansión del sector servicios y la mejoría de la rentabilidad de los sectores financieros que han tomado más peso en la composición del PIB de los Estados (Devereux et al., 2004).³⁰⁵

Sí se aprecia, en contraste, un incremento de los ingresos tributarios proveniente de factores como el trabajo por recaudaciones de seguridad social y de los impuestos sobre el consumo. En ambos se ve una tendencia clara de incremento de recaudación desde principios de los años noventa, coincidiendo con los primeros análisis del fenómeno. Sin embargo no existe una caída de las recaudaciones por impuesto sobre la renta las sociedades, como contribuyentes principales a los que van dirigidos las políticas de la OCDE, durante esa etapa, más allá de la caída propia de los años 2008 y siguientes como consecuencia de la crisis. Sí se observa una caída en la recaudación del impuesto sobre la renta de las personas físicas, que coincide con los incrementos de impuestos indirectos y la seguridad social (y que se explica parcialmente también por el incremento del uso de sociedades para “facturar” servicios que antes se canalizaban a través de individuos).

Por último, observamos en la Figura 8 como el gasto público sobre PIB se incrementa drásticamente en los años de la crisis llegando a cuotas superiores al 47% en los países de la OCDE, y en la Figura 9, vemos el incremento extraordinario del déficit durante los años de crisis, en lógica correlación con los incrementos porcentuales de gasto público.

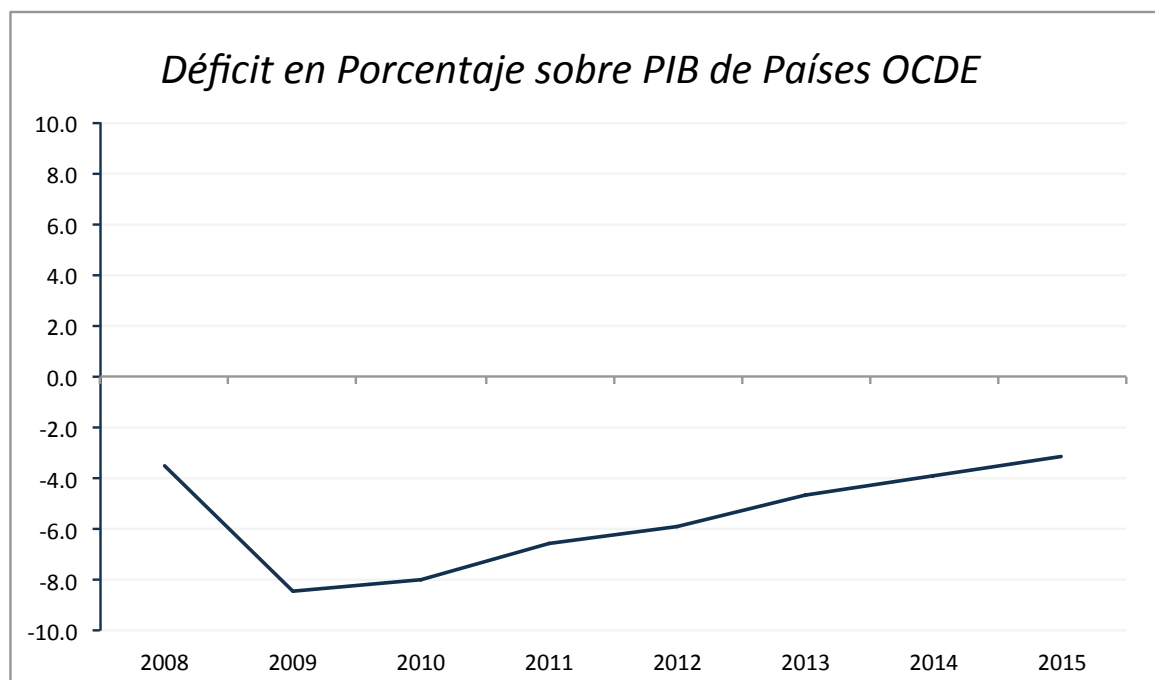
³⁰⁵ Este efecto de caída de tipos tributarios e incremento de ingresos servirá de argumento a los detractores de las campañas multinacionales de lucha contra la evasión fiscal.

Figura 8: Gasto Público en Porcentaje sobre PIB de Países OCDE



Fuente: http://www.oecd-ilibrary.org/economics/data/oecd-national-accounts-statistics/national-accounts-at-a-glance_data-00369-en

Figura 9: Déficit en Porcentaje sobre PIB de Países OCDE



Fuente: http://www.oecd-ilibrary.org/economics/government-deficit-surplus-as-a-percentage-of-gdp-2014-1_gov-dfct-table-2014-1-en

En conclusión, el origen económico de la campaña de lucha contra la evasión fiscal tiene más soporte en el discurso de la OCDE de amenaza a la recaudación de impuestos, en las tensiones presupuestarias consecuencia de la crisis y en los incrementos de las rentas con menor capacidad de escape, como los salarios y el consumo que en estadísticas de pérdida de recaudación fiscal (más allá de la lógica derivada de la crisis económica). No obstante, sí se puede afirmar sobre las estadísticas de la OCDE que existe desde hacia varias décadas un incremento de recaudación de los impuestos vinculados a rentas con menos capacidad de deslocalización como el trabajo o el consumo.

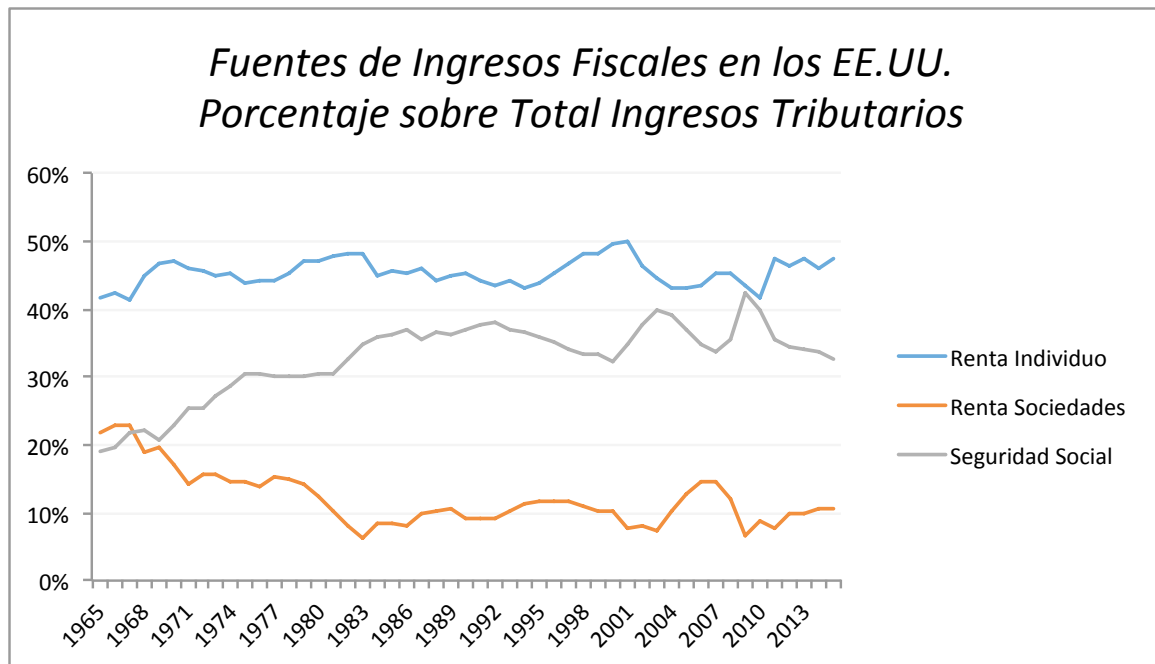
3.2. CONSECUENCIAS POLÍTICAS EN LOS EE.UU.

3.2.1. El apoyo de las estadísticas y la singularidad de los EE.UU.

Los anteriores datos se refieren al conjunto de países de la OCDE. Estos pueden compararse con los de los EE.UU. para entender la singularidad de aquel país y comprender así mejor las posiciones propuestas por *lobbies* y partidos políticos que propugnan la retirada de apoyo de los EE.UU. a las iniciativas de la OCDE como foro multilateral de la lucha contra la evasión fiscal internacional.

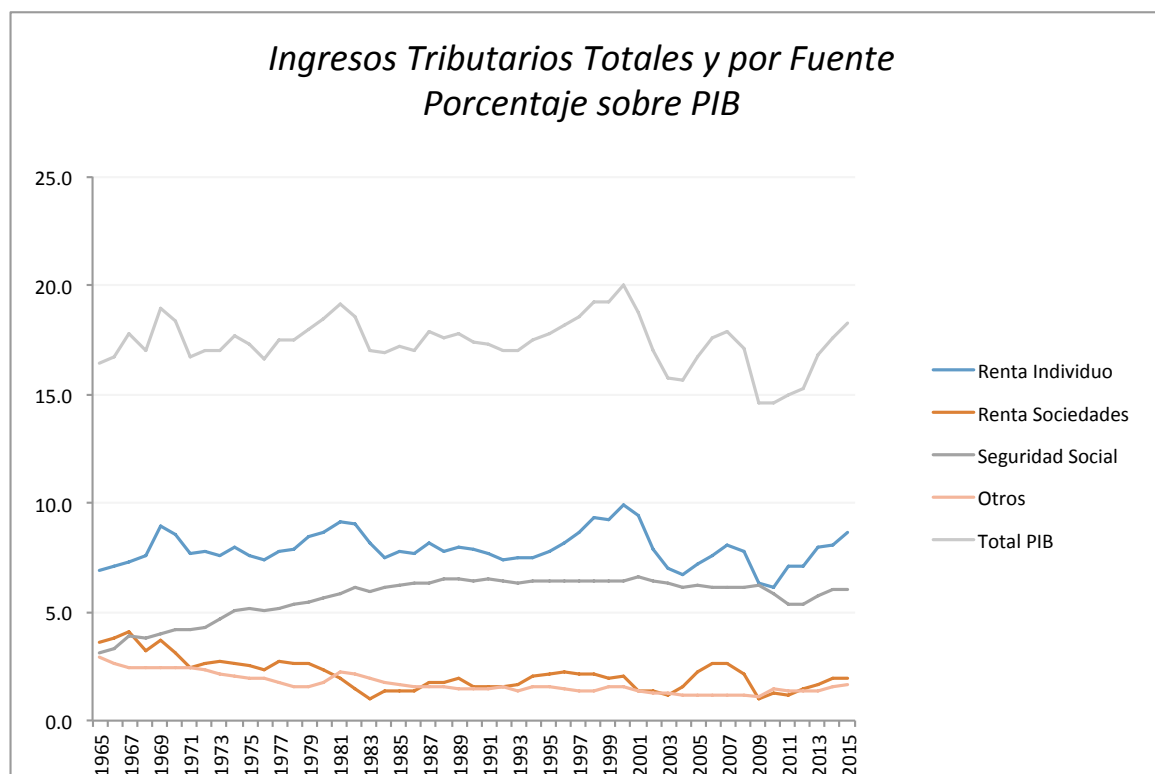
De inicio mostramos en las Figuras 10 y 11 la tendencia en los EE.UU. de los impuestos sobre la renta del individuo, de la renta de las sociedades y de la seguridad social y la representación de los ingresos tributarios y sus diversas fuentes sobre el PIB.

Figura 10: Fuente de Ingresos Fiscales en los EE.UU. Porcentaje sobre Total Ingresos Tributarios



Fuente: <https://www.whitehouse.gov/omb/budget>

Figura 11: Ingresos Tributarios Totales y por Fuente. Porcentaje sobre PIB EE.UU.

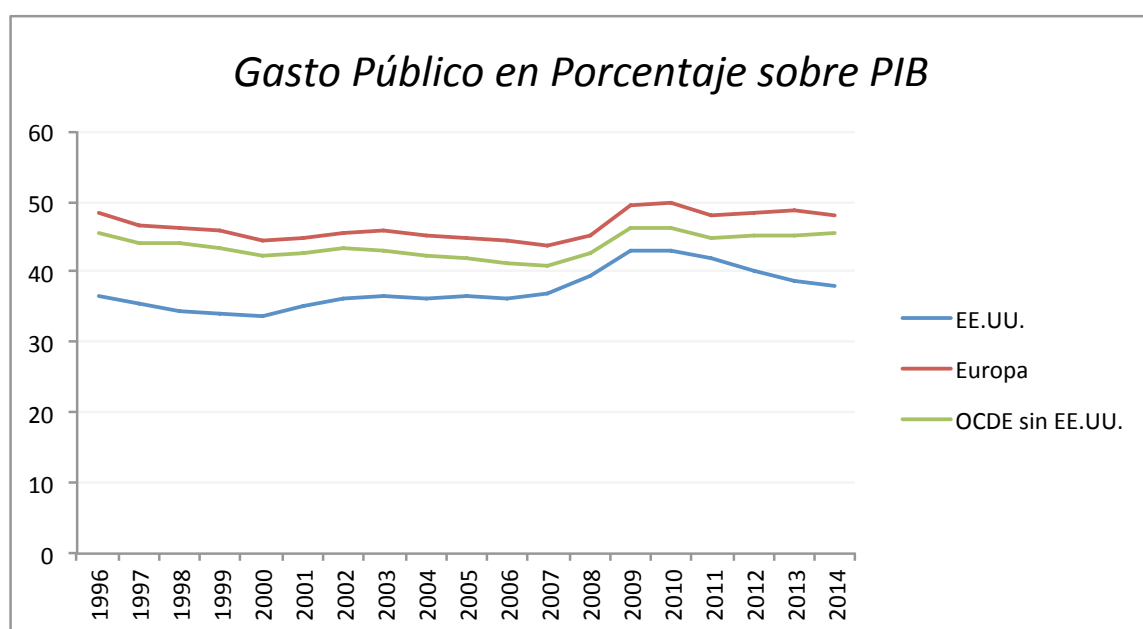


Fuente: <https://www.whitehouse.gov/omb/budget>

Existe un evidente incremento de los ingresos por seguridad social en los últimos 50 años a la par de un mantenimiento de los ingresos por renta de los individuos y una clara caída de los impuestos sobre la renta de sociedades. Con respecto a los ingresos por impuestos sobre el consumo, los EE.UU. opta por un sistema de cesión estatal de esos impuestos, siendo no homogéneo su empleo por los estados y representado una cuantía menor de sus ingresos presupuestarios (incluido dentro de otros, junto con impuestos especiales, aduanas y donaciones).

Sin embargo, una diferencia sustancial entre los países de la OCDE (principalmente europeos) y los EE.UU. estriba en el menor esfuerzo fiscal que los EE.UU. exigen a sus contribuyentes y el menor gasto público. Esta es una de las características fundamentales de la economía y la política de los EE.UU. que los *lobbies* y el partido conservador defienden como piedra angular de su sistema (Mitchell, 2006). Las propias estadísticas de la OCDE confirman estas demandas.³⁰⁶ En la Figura 12 mostramos la comparativa de gasto público en porcentaje sobre el PIB de los países europeos, los EE.UU. y los países pertenecientes a la OCDE (sin considerar a los EE.UU.)

Figura 12: Gasto Público en Porcentaje sobre PIB



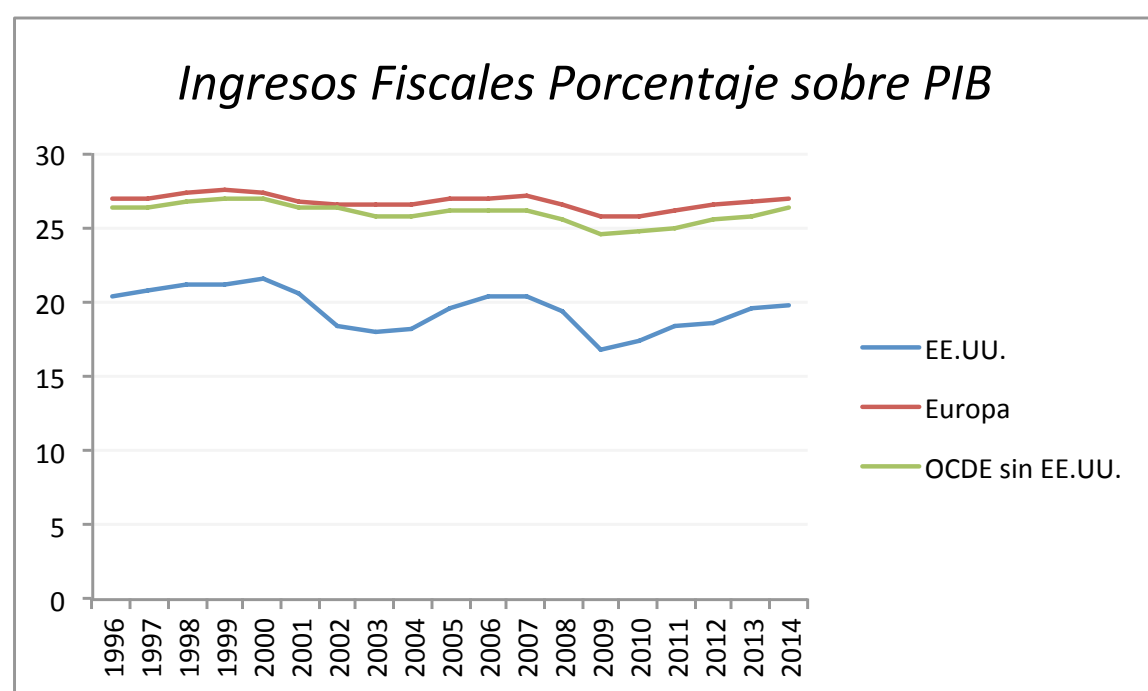
Fuente: http://www.oecd-ilibrary.org/economics/data/oecd-national-accounts-statistics/national-accounts-at-a-glance_data-00369-en

³⁰⁶ Son, efectivamente, las estadísticas de la OCDE las utilizadas por Mitchell para sustentar sus teorías y desmontar las de la propia OCDE.

El gasto público de todos los países OCDE sin los EE.UU. se encuentra siempre por encima del 40% sobre el PIB, llegando casi al 46% en 2014, mientras que el gasto público en los EE.UU. solo supera la barrera del 40% durante los años de la crisis, volviendo a dígitos por debajo de ese porcentaje una vez esta ha sido superada.³⁰⁷ No obstante, la gran diferencia se produce con los países europeos, que se encuentran en porcentajes siempre cercanos al 50% de gasto público sobre PIB. Aquí es exactamente donde descansan los argumentos de los *lobbies* y partidos conservadores, favorecedores de una administración pequeña encargada de realizar un ajustado gasto público frente a las grandes administraciones públicas que consumen presupuestos exigentes para mantener los estados del bienestar.³⁰⁸

Estos argumentos se refuerzan desde los lobbies y el partido republicano a través de la menor exigencia fiscal que los EE.UU. imponen sobre sus contribuyentes, como queda demostrado en la Figura 13:

Figura 13: Ingresos Fiscales Porcentajes sobre PIB



Fuente: <https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=REV>

³⁰⁷ Conviene tener en cuenta al hablar de gasto social en los EE.UU. la considerable aportación del sector privado (Morgan, 2013; Rector, 2015)

³⁰⁸ Los *lobbies* y *think tanks* vinculados al partido republicano de los EE.UU. pretenden sumar este principio básico a su retórica contra la OCDE y la UE y sus planes de poner coto a la evasión fiscal internacional.

Ya hemos expuesto, por un lado, que las motivaciones económicas y presupuestarias a las que hace referencia la OCDE y los países desarrollados, principalmente europeos, no se sustenta en las estadísticas de ingresos tributarios. No existe una clara relación entre la deslocalización de bases y el fenómeno *offshore* y la pérdida de ingresos tributarios. Estas estadísticas, por supuesto, son utilizadas por los detractores de la campaña de lucha contra la evasión fiscal internacional.³⁰⁹

Esta facción conservadora de los EE.UU. se sirve de teorías económicas liberales que propugnan la competencia fiscal a través de la bajada de impuestos y la reducción de la administración. Los argumentos utilizados por estos *lobbies* y *think tanks* políticos se centran en una visión pro-empresarial en la que mezclan la bajada de impuestos con sistemas territoriales³¹⁰ para promover la competitividad de las empresas americanas.

Las críticas a la OCDE son constantes en sus trabajos y conferencias (se refieren sistemáticamente a la institución como *OECD bureaucrats*), identificando a la propia institución y sus iniciativas como herramientas recaudadoras para los gobiernos con sistemas tributarios de altos impuestos con el objetivo de mantener amplias administraciones públicas y costosos estados sociales de bienestar.

3.2.2. Posiciones políticas en los EE.UU.

Las posiciones políticas en los EE.UU. se resumen simplistamente en dos opciones: demócratas y republicanos.³¹¹ Nos encontramos ante un sistema político bilateral a

³⁰⁹ Pone de relieve Brian Garst (CATO Institute, 2015) que tal como Mitchell demuestra con un gráfico al inicio de la conferencia (gráfico tomado de las estadísticas de la OCDE), no existe una caída de impuestos más allá de la crisis, lo cual, como hemos comprobado, efectivamente, parece cierto conforme a los datos de las estadísticas.

³¹⁰ Ya hemos puesto de relieve el problema de los EE.UU. con el *deferral* o diferimiento que las multinacionales aplican principalmente por tener EE.UU. un sistema de renta mundial o *worldwide* que no exige la tributación de beneficios obtenidos en el extranjero hasta la efectiva repatriación, provocando una acumulación de beneficios no repartidos en el extranjero, generalmente obtenidos en territorios de baja tributación, a la espera de que se aprueben vacaciones fiscales o una reducción de los tipos impositivos.

Tan enconado es el problema para el Tesoro americano y los expertos en hacienda pública que incluso se diseñan productos financieros cuyo colateral sería el ingreso tributario futuro, permitiendo así al Tesoro recaudar parte de aquellos impuestos poniendo en manos de inversores privados esos derechos con el fin de que estos hagan *lobby* sobre el Congreso para la no aprobación de vacaciones fiscales.

³¹¹ Exponemos a continuación un cuadro con las propuestas (simplificadas) en materia fiscal de los principales candidatos republicanos y demócratas extractado de la página web de Tax Foundation (www.taxfoundation.org):

dos bandas, una de las cuales propugna el liberalismo social y la otra opta por lo que conocemos como conservadurismo, que liga con teorías liberales (o libertarias) en lo económico. Amplia base impositiva y altos impuestos conjugados con transferencias sociales frente a mínima administración pública con bajos impuestos.

Los conservadores, defensores de estas teorías fiscales liberales competitivas propugnan salirse de la dinámica de la OCDE, quitando el apoyo a medidas como las BEPS (e incluso derogando FATCA) mediante una reforma de su sistema fiscal transformándolo en un sistema *flat tax* en el que fijarían³¹² tipos muy bajos, como sería el 10% para los individuos y el 16% para las sociedades, acudiendo a una construcción de las bases impositivas sobre el consumo antes que sobre los ingresos reales.

Buscan con estas propuestas convertir a los EE.UU. en un territorio de baja tributación y permitir a sus multinacionales realizar desinversiones *offshore* para repatriar la riqueza de nuevo al territorio de los EE.UU. e incluso permitir a muchas de las empresas actualmente deslocalizadas (Dell, Apple, Google en Irlanda, por ejemplo) volver a llevar las oficinas principales a los EE.UU.

Desde aquí se construye el trasfondo político que debate la participación de los EE.UU. en las campañas internacionales de lucha contra la evasión fiscal. No es pacífica la decisión de aquel país en su posicionamiento ante tal tarea. No lo es siquiera sobre las normas internas, unilaterales, que no precisan de cooperación ni

	Republicano		Demócrata	
	<i>Ted Cruz</i>	<i>Donald Trump</i>	<i>Bernie Sanders</i>	<i>Hillary Clinton</i>
Tipos Impositivos	- <i>Flat Tax</i> 10% sobre consumo	- Reducción tipos: • 0%-30.000\$ • 10%-100.000\$ • 20%-1M\$ • 25%>-1M\$	- Incremento escala hasta 52% - Impuestos Sanidad	- Subida de 4% a las rentas altas (hasta 43,6%) - Eliminación de deducciones - Tipo mínimo del 30% para rentas superiores a 1M
Especial Sociedades	- <i>Flat Tax</i> 16%	- Tipo Máximo 15%	- Eliminar beneficios sectores - Impuesto Sanidad - Impuesto Transacciones Financieras	- No propuestas especiales (continuista)
Internacional	- Vacaciones Fiscales 10%	- 10% Descuento en Repatriaciones	- Eliminar <i>deferral</i> - Regulación internacional contra Paraísos Fiscales	- No propuestas especiales (continuista)

³¹² Siguiendo las propuestas del candidato Ted Cruz para las elecciones 2016, candidato al que dio su apoyo Heritage Action, facción política del lobby Heritage Foundation (<http://www.washingtontimes.com/news/2015/nov/10/steve-deace-cruz-gets-heritage-foundation-endorsem/?page=all>)

compromiso internacional alguno, como podría ser FATCA. Así, existen dentro de los EE.UU. movimientos de oposición a esta norma³¹³ que desde hace tiempo se complementan con consignas anti-OCDE que parecieran destinadas a promover una ruptura de los EE.UU. con las campañas internacionales de lucha contra la evasión fiscal *offshore*. Un mensaje político subyace en esta pretensión: no existe una razón económica o presupuestaria para que los EE.UU. se unan a la lucha contra la evasión fiscal internacional³¹⁴ sino un mensaje de apoyo a las políticas económicas liberales, como baluarte para hacer a los EE.UU. (y sus empresas) un país más competitivo mediante la conversión de su sistema fiscal en uno de baja tributación por comparación con los países europeos, mayoría dentro de la OCDE.

“La OCDE utiliza la elusión en el impuesto sobre sociedades como una cortina de humo para una vez más atacar la competencia fiscal global. Más que competir en igualdad de condiciones con otras jurisdicciones para ofrecer escenarios de inversión atractivos, los ricos miembros de la OCDE quieren dictar políticas fiscales para el resto del mundo.

Las naciones que quieren seguir siendo competitivas deberían defender su autoridad fiscal soberana y rechazar unirse al cártel fiscal de la OCDE. Deje que la OCDE demuestre si realmente ofrece meras recomendaciones, o si volverá a engatusar, intimidar y chantajear a los países para que sigan sus dictados”

Estas son las palabras de Andrew Quinlan, presidente del *Center for Freedom and Prosperity* (CFP), refiriéndose al lanzamiento de la campaña BEPS por parte de la OCDE.³¹⁵

“Irónicamente, economistas de la OCDE han escrito que el impuesto sobre sociedades es la más destructiva forma de imposición fiscal, sin embargo la burocracia está llevando a cabo una agenda que penalizará a los países con sistemas de impuestos no destructivos - como Luxemburgo, Singapur, Irlanda, Suiza y los Países Bajos - para ayudar a apuntalar a los estados de bienestar en su defecto, como Francia. Si los

³¹³ La plataforma Repeal FATCA (www.repealfatca.com) o el propio Comité Nacional Republicano presionan para abolir FATCA (Republican National Committee, 2014)

³¹⁴ No es esta la posición de Bernie Sanders, que en un análisis acertado del problema de la evasión fiscal internacional propone medidas específicas como acabar con la inversión de sociedades que mediante fusiones transnacionales acaban domiciliadas en territorios de baja tributación o como limitar la norma que permite el diferimiento: <http://feelthebern.org/bernie-sanders-on-corporate-regulation/>

³¹⁵ <http://freedomandprosperity.org/2015/news/press-releases/statement-from-cfp-president-on-oecd-beps-tax-grab/>

países con regímenes fiscales menos restrictivos no se postran a las demandas de la OCDE, serán amenazados como no-cooperativos, o peor, sancionados económicamente. La táctica es especialmente efectiva cuando se trata de intimidar a las naciones más pequeñas, como Suiza o Hong-Kong, particularmente por parte de Obama y los gobiernos occidentales que están desarrollando esta agenda” (Newman, 2014)

Estas son afirmaciones de Daniel J. Mitchell, *senior fellow* de *CATO Institute*, uno de los economistas más activos por la desregulación y la defensa de la competencia fiscal internacional. Daniel J. Mitchell fue *senior fellow* de *Heritage Foundation* y trabajó como economista para el Senador Bob Packwood del Partido Republicano.

3.2.2. Experiencias previas

Quinlan y Mitchell fueron los encargados de personificar las presiones políticas de los *lobbies* conservadores (*Heritage Foundation*, *CATO Institute* y *Center for Freedom and Prosperity*) en la retirada de apoyo del gobierno de los EE.UU. a la OCDE en la campaña de competencia fiscal dañina. Ya hemos puesto de relieve al principio de este capítulo la trascendencia de los poderes políticos en la toma de decisiones en los EE.UU. Veremos a continuación, siguiendo a Sullivan (2007), cómo la actuación de estos *lobbies* produjeron aquel cambio de dirección de los EE.UU. También analizaremos cuáles son las actuales tendencias dentro de la política estadounidense sobre la fiscalidad internacional y cómo el efecto político concreto de aquel país puede poner en riesgo la acción global contra la evasión fiscal.

Destaca Sullivan cómo el gobierno estadounidense apoyaba (incluso lideraba) durante la presidencia de Bill Clinton las campañas de la OCDE en la lucha contra la competencia y la evasión fiscal internacional. Así, por ejemplo en el último presupuesto del Presidente Clinton y el Secretario Summers proponían la exigencia de suministro de información de los pagos realizados a paraísos fiscales y la denegación de los créditos fiscales en actividades asociadas a paraísos fiscales. Estas medidas estaban en la línea de las más agresivas medidas defensivas propuestas por la OCDE en la campaña de competencia fiscal nociva.

La llegada del Presidente George W. Bush no supuso una oposición directa inmediata a las políticas de la OCDE. El Secretario del Tesoro de la administración Bush, Paul

O'Neill, ofreció el apoyo a la iniciativa de la OCDE en la reunión del G7 de febrero de 2001.³¹⁶

No obstante, poco después y ante la efectiva campaña de presión montada por el *Center for Freedom and Prosperity* con su presidente, Andrew Quinlan en colaboración con el entonces economista de *Heritage Foundation* Daniel J. Mitchell, el gobierno estadounidense retiró su apoyo a la campaña de competencia fiscal dañina. Entre febrero y mayo de 2001 se realizaron diversas comunicaciones por parte de Quinlan y Mitchell al Tesoro estadounidense, utilizando organizaciones políticas alineadas y presionando en el sentido ideológico de sus propuestas económicas libertarias, que llevaron al Presidente George W. Bush a cambiar su posición inicial.

En resumen, *Heritage Foundation* es uno de los *lobbies* políticos más importantes dentro de la agenda política conservadora de los EE.UU. Sus influencias sobre los gobiernos republicanos de Ronald Reagan y George W. Bush han sido notoriamente probados (Moynihan & Roberts, 2010) llevando adelante una politización de la presidencia y del gobierno federal de los EE.UU. que incide en la toma de decisiones políticas en aspectos como la fiscalidad internacional estudiada en este trabajo.

La acción de estos *lobbies* o *think tanks* continua siendo activa, centrando sus actuaciones contra las políticas de la OCDE y la UE en la lucha contra la evasión fiscal, y poniendo el foco de atención en FATCA (y BEPS) como instrumento agresivo e irracional contra la (en su opinión) favorable competencia fiscal.

Conferencias en apoyo a los territorios de baja tributación,³¹⁷ artículos especializados en detrimento de los intentos de la OCDE, la UE y la actual presidencia de los EE.UU. por combatir la evasión fiscal internacional,³¹⁸ apoyo a las acciones judiciales

³¹⁶ Ver nota al pie 198.

³¹⁷ Por ejemplo, la Conferencia en Panamá para abordar las preocupaciones por los impuestos globales en Noviembre de 2015, con la participación de Daniel J. Mitchell cuya presentación tiene un título tan descriptivo como *Next Steps in the War Against International Financial Centers* o Andrew Quinlan cuya presentación *The Impact of the 2016 US Elections on the Battle to Preserve Tax Competition, Financial Privacy and Fiscal Sovereignty* resulta muy reveladora de los intereses del *think tank* en la política estadounidense.

O como la conferencia ofrecida desde CATO Foundation en julio de 2015, a disposición en <http://www.cato.org/events/beps-project-oecd-tax-policy-us-competitiveness> en la que en la apertura el propio Mitchell diría “*BEPS is nothing but an effort by international bureaucracy representing high tax countries governments to figure out how they can extract more money from the business community on a worldwide basis.*”

<http://freedomandprosperity.org/2015/blog/panama-conference-to-address-global-tax-concerns/>

³¹⁸ Un buen ejemplo es el reciente artículo *Making Sense of BEPS: The Latest OECD Assault on*

y políticas para revocar la ley FATCA³¹⁹ o patrocinio a los políticos republicanos más representativos como es el caso de Paul Ryan³²⁰ son algunas de las actividades de este *think tank* en el interés de imponer sus ideas sobre las decisiones de al menos uno de los dos grandes partidos estadounidenses.

3.3. RIESGO DE RUPTURA

Lo anterior pone de relieve la importancia de los poderes fácticos en los EE.UU. y el riesgo de que los defensores de la desregulación y la promoción de la competencia fiscal internacional puedan forzar a un eventual gobierno republicano a tomar decisiones en política fiscal que den al traste el proceso cooperativo global de lucha contra la evasión fiscal internacional.

Pero esta posibilidad conocida por los gobiernos y organizaciones también debería suponer una toque de atención a aquellos que apoyan la iniciativa de lucha contra la evasión fiscal internacional, y el control de las operaciones de las multinacionales y de la competencia fiscal para que, dentro de la naturaleza argumentativa que las políticas internacionales deben tener hagan hueco a una más razonada justificación de las medidas propuestas.

A tal efecto, la diplomacia en la que se debería sustentarse la OCDE como foro de las políticas fiscales internacionales, pero sobre todo como red de regulación transnacional, debería promover un diálogo liderado desde la experiencia y la desvinculación política que encuentre los argumentos para persuadir a todos sus miembros justificando la necesidad de las medidas precisas para combatir la evasión fiscal internacional que concluyan en elementos sustanciales y definidores de un sistema fiscal internacional sin privilegios para una parte de sus contribuyentes y que permitan su aceptación por todos los países como principios o regulación de interés común, independientes de la política económica y presupuestaria aplicada por cada

Tax Competition en el que realizan una apología de la competencia fiscal, acusando a los *European welfare states* de aprovechar el banco de pruebas de la OCDE para establecer un sistema fiscal global que les permita mantener su estatus (Garst, 2015).

³¹⁹ Por ejemplo, dando su apoyo al Senador Rand Paul en la acción iniciada contra la Ley FATCA por la extralimitación por parte del IRS y el Tesoro estadounidense en el desarrollo de los acuerdos intergubernamentales al no disponer de capacidad legislativa. Cuestión esta puesta de manifiesto por la doctrina estadounidense y que será analizada en el capítulo siguiente.

<http://freedomandprosperity.org/2013/blog/us-relying-on-the-ignorance-to-propel-fatca-fiscal-imperialism/>

<http://freedomandprosperity.org/2015/blog/senator-sues-treasury-over-fatca-overreach/>

³²⁰ <https://www.myheritage.org/tag/paul-ryan/>
(Ryan, 2011)

país cooperador. La recaudación de impuestos debe recaer sobre la totalidad de los contribuyentes (con independencia de que el sistema fiscal conlleve tipos impositivos altos o bajos, de renta mundial o territorial, con mayor o menor gasto público) y esto debe ser una máxima aceptada por todos los países. La forma de conseguir este objetivo es mediante el control de las operaciones realizadas por motivos fiscales y de los territorios que así lo permiten, con mecanismos que deben ser aceptados por todos en pos de que sean efectivos. Estos principios básicos deberían ser elaborados por todos y aceptados por todos con independencia del control del gobierno por el grupo político de turno. Debemos perseverar en la guerra de ideas antes que en la guerra de números.

En consecuencia, el equilibrio del sistema internacional de lucha contra la evasión fiscal como solución global no puede quedar pendiente de las decisiones de un único gobierno. Es preciso que las políticas que se consideran más efectivas contra la evasión fiscal internacional (principalmente el intercambio de información) se conviertan en principios de fiscalidad internacional o al menos normas aceptadas y ampliamente aplicadas, interiorizadas en la red de convenios y acuerdos de intercambio de información y en la normativa interna de los Estados.

En este sentido, por ejemplo, la utilización de argumentos ya utilizados por la OCDE como el cumplimiento de la ley, la soberanía, la igualdad o la consistencia, pueden ser reformulados e integrados en el discurso desde un razonamiento inatacable.

Así, respecto a la igualdad,³²¹ la OCDE debería hacer uso, entre otros, de los argumentos sobre la libre competencia que proclaman las fuerzas liberales, utilizándolo a favor de un consenso de lucha contra la evasión fiscal internacional, pero centrando la discusión en el ámbito privado de la competencia entre contribuyentes antes que en el público de las soberanías fiscales. No discutir el derecho de los Estados a ser competitivos fiscalmente sino el de los contribuyentes a ser tratados en condiciones ecuanímes y no torticeras del principio fiscal de igualdad.

Este podría ser uno de los fundamentos que la OCDE debería incorporar y sistematizar en su retórica. Si la evasión fiscal favorece principalmente a los evasores igual que lo haría una ventaja fiscal (Alm & Finlay, 2013), dicha ventaja fiscal

³²¹ En un sentido diferente al usado por la OCDE en la campaña de competencia fiscal dañina, en la que aludía antes a la igualdad de los Estados en la negociación de soluciones que a la igualdad entre los contribuyentes.

desequilibra la libre competencia entre las empresas, en consecuencia los esfuerzos deberían dirigirse a eliminar la misma.

Asimismo, en uso del argumento del cumplimiento de la ley, este no debe ser centrado en los países, sino en los contribuyentes, no considerando a aquellos *tax poachers* sino a estos de oportunistas y tratando en consecuencia de limitar las posibilidades de abuso mediante un re-equilibrio del sistema basado en la ahora factible circulación de información.

La soberanía y la consistencia, se expresarían en términos similares a los ya utilizados por la OCDE, pero adaptados a una nueva estrategia de lucha basada en la información: el apoyo y respeto sin matices a la soberanía fiscal de los países y territorios debe mantenerse, aunque incidiendo en la cesión de soberanía administrativa sustentada en la reciprocidad, que proporcionaría a los países los mecanismos para hacer pagar a los oportunistas su parte de impuestos evitando distorsiones en la soberanía fiscal facilitando la oportunidad de no tener que volcar la recaudación sobre los factores menos deslocalizables que implicaría la pérdida de soberanía fiscal. Por otra parte, la eficiencia en la recaudación de impuestos *offshore* les permitiría operar la reducción de impuestos que propugnan.

Sin duda existe el riesgo de que los EE.UU. fueren un sistema dual de intercambio de información: FATCA para las relaciones de los EE.UU. con el resto del mundo y las soluciones de la OCDE para el resto del mundo a excepción de los EE.UU. Siendo FATCA una herramienta con una reciprocidad discutible (Christians, 2013b; Eccleston & Gray, 2014; Kaye, 2014; Martín Dégano et al., 2014) no aunar, al menos en cuanto a operativa y exigencias, las dos plataformas de intercambio de información podría generar un desequilibrio en la ejecución del intercambio de información fiscal de contribuyentes, quedando los EE.UU. en una posición favorable para convertirse en receptor de inversiones financieras si la reciprocidad finalmente no se implementa en los mismos niveles que exija la OCDE para los Estados que participen en su plataforma. Sin embargo, el riesgo puede ser aun mayor si los EE.UU. abandonan al resto de países en el compromiso de lucha contra la evasión fiscal y definitivamente se pierde la inercia actual.

4. CONSIDERACIONES FINALES

FATCA como evolución del sistema

FATCA es el primer resultado de la evolución del sistema fiscal internacional ante la evasión fiscal. Los hechos, principalmente a través de escándalos de evasión fiscal, demostraron la ineficacia del sistema para frenar la evasión fiscal con las políticas e instrumentos utilizados hasta el momento. La UE limitaba sus políticas a sus Estados miembros y proponía y apoyaba iniciativas globales a través de la OCDE. La OCDE por su parte, tras el fracaso de la campaña de competencia fiscal dañina había puesto todas sus esperanzas en los AII que descontaban como no limitadores de la evasión fiscal internacional, aunque existía alguna esperanza en su efecto disuasorio. Así, fueron los EE.UU. los que haciendo uso de su hegemonía económica tomaron la decisión de combatir la evasión fiscal internacional a través de una evolución (agresiva) de un instrumento ya utilizado como era la exigencia a las entidades financieras de suministrar información fiscal de los contribuyentes estadounidenses.

La medida, debido a su agresividad y amplitud, sacudió a los Estados desarrollados, que amparados en el patrocinio de los países europeos más relevantes, decidieron apoyar una norma que consideraban podía ser imitada por la OCDE para dar una solución global al intercambio de información y en consecuencia a la lucha contra la evasión fiscal internacional.

La lucha contra la evasión fiscal internacional: de las administraciones tributarias al G20

En consecuencia la lucha contra la evasión fiscal pasó a ser una de las prioridades de los Estados congregados en torno al G20. Hasta aquel momento la lucha contra la evasión fiscal había sido tarea de las administraciones tributarias, bien mediante actuaciones independientes, bien solicitando colaboración a otras administraciones tributarias, valiéndose de una red de convenios inapropiada para luchar contra la evasión fiscal, y por regla general concluyendo en procesos complejos y poco efectivos.

El hito de FATCA trasciende el carácter simbólico de norma agresiva y extraterritorial para convertirse en incentivo de las políticas coordinadas de los Estados para implementar el intercambio de información automático como estándar. La actuación de los gobiernos con la intención de desarrollar plataformas de

intercambio de información multilaterales con la participación de sus administraciones tributarias (exigencia de la propia Ley FATCA en ciertos modelos de acuerdos intergubernamentales) convirtieron la evasión fiscal en una tarea que trascendió la actuación aislada de las administraciones tributarias para dotar dicha actuación de un componente cooperativo con soporte estatal.

La Ley FATCA: exigente y extraterritorial

FATCA como ley es un mecanismo de exigencia de suministro de información fiscal por parte de las entidades financieras consagrado en el código fiscal estadounidense que amenaza con la imposición de una retención-sanción del 30% a aquellas entidades financieras no participantes.

Se trata de una propuesta exigente para las entidades financieras por cuanto exige una labor de identificación no solo de los clientes personas físicas, sino de los titulares últimos (beneficiarios) de otras instituciones y personas jurídicas. Además exige la obtención, clasificación y entrega de la información fiscal de los sujetos de forma automática y recurrente. Y por último, estas exigencias se realizan fuera del territorio soberano de los EE.UU. ya que FATCA tiene alcance global.

Tanto la exigencia de la norma, con requerimientos administrativos costosos, como su imposición sobre entidades no sometidas a su jurisdicción ponen en duda la validez misma de la norma. No obstante, el apoyo de otros notables Estados y organizaciones, la promesa de reciprocidad y el diseño de acuerdos de aplicación han hecho de FATCA una norma que está siendo implementada extraterritorialmente.

Los acuerdos intergubernamentales como instrumento de implementación

El apoyo de los principales países de la UE a la norma FATCA se convirtió en 2012 en crucial para el éxito de implementación de la norma. Siendo compleja la implementación de una norma exigente y extraterritorial era necesaria una solución de este tipo. Los países europeos denominados G5 vieron en FATCA un modelo de intercambio de información válido para sus exigencias de control tanto dentro de la UE, a la cual solicitarían la aplicación de los estándares de FATCA, como globalmente a través de la OCDE.

No obstante FATCA no podía ser implementada de forma directa desde el código fiscal estadounidense, necesitaba de mecanismos jurídicos que permitieran su trasposición a los Estados soberanos participantes. A tal efecto hicieron uso de un

mecanismo ya existente (el CDI o el AII) y de uno de nueva elaboración (el acuerdo intergubernamental).

El acuerdo intergubernamental, como desarrollo del intercambio de información convencional, serviría de conducto para que FATCA pudiera ser aplicada en los países. La forma de implementación se desarrolló pues a través del mecanismo de negociación de modelos de acuerdos intergubernamentales con los diferentes países. Hoy no se puede dudar del éxito de la fórmula, aunque sí de su validez jurídica, sobre todo a la luz de la normativa estadounidense que podría considerar el acuerdo intergubernamental como una extralimitación del Tesoro americano y nulo en su alcance sobre elementos como la reciprocidad.

El efecto de los poderes políticos en las políticas fiscales internacionales

Por último resulta importante destacar en este capítulo presentación de FATCA las implicaciones que la singular política americana puede tener sobre la propia norma FATCA y en consecuencia sobre la posición de aquel país en la política fiscal internacional.

Experiencias del pasado nos dicen que los poderes fácticos en los EE.UU. tienen relevancia sobre los poderes ejecutivos y legislativos de aquel país. Poderes fácticos sobre el partido republicano propugnan teorías económicas contrarias a las políticas e instrumentos de lucha contra la evasión fiscal que FATCA y la nueva etapa de la OCDE representan. Un cambio en las políticas fiscales desde los EE.UU. podría suponer un importante revés a las políticas globales de lucha contra la evasión fiscal, como ya ocurrió en 2001.

No obstante, la política fiscal internacional de lucha contra la evasión fiscal no puede quedar al amparo de las elecciones y las presiones políticas de los EE.UU. Para ello se debe desarrollar un instrumento de intercambio de información ambicioso, que propugne unos principios de cooperación fiscal de calado para que los Estados conviertan de forma inequívoca el intercambio automático de información en norma global.

CAPÍTULO V: ANÁLISIS DE POLÍTICAS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES APLICADOS PARA LUCHAR CONTRA LA EVASIÓN FISCAL DESPUÉS DE FATCA (2010-2015)

1. EFECTO DE LAS SOLUCIONES DE IMPLEMENTACIÓN

Amparado en el interés de los países en el intercambio de información y la cooperación en la lucha contra la evasión fiscal, particularmente desde 2009 y tras el compromiso del G20 en Londres (de las administraciones tributarias al G20), FATCA ha venido siendo aceptada y reforzada y la colaboración entre administraciones se ha incrementado y mejorado. La CAM o el Foro Global, evolucionados a partir de FATCA, son claros ejemplos de este tipo de consenso general, de gobernanza global. Las enmiendas a las Directivas del Ahorro y de asistencia mutua en la UE atestiguan la influencia de FATCA y la decisión de alcanzar un entorno global de transparencia en torno a su estrategia.

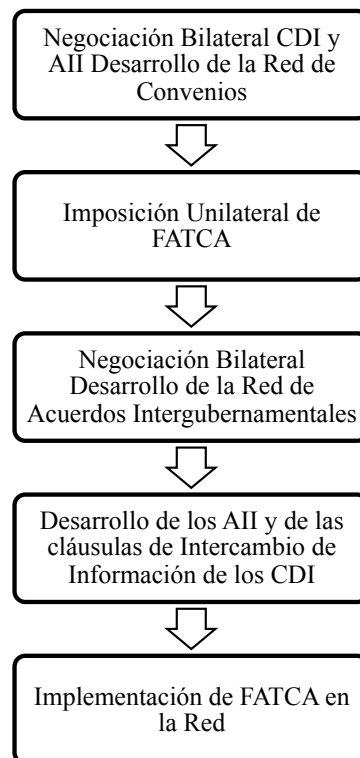
FATCA, a pesar de las exigencias administrativas para entidades financieras, administraciones tributarias y contribuyentes y sus altos costes, está siendo implementada a través de una nueva negociación bilateral muy amplia en la comunidad internacional. De hecho, los acuerdos intergubernamentales, como forma de implementación, pueden entenderse como un desarrollo de un CDI o AII (ambos bilaterales) ya firmado previamente: efectivamente, los acuerdos intergubernamentales desarrollan el intercambio (automático) de información previsto en CDI o AII.³²²

Justo aquí es donde situamos la estrategia de EE.UU. de doble dirección, negociación bilateral con los Estados de forma previa e imposición unilateral al sector (privado) financiero de forma agresiva, cuyo cumplimiento se verá favorecido por el desarrollo de nuevos acuerdos bilaterales que desarrollan el ya establecido marco convencional, y en consecuencia favorece la implementación de FATCA. En el diagrama de la

³²² Conforme Acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la implementación de la *Foreign Account Tax Compliance Act* – FATCA: “Considerando que el artículo 27 del Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal respecto de los impuestos sobre la renta, y su protocolo, hecho en Madrid el 22 de febrero de 1990 (el «Convenio») autoriza el intercambio de información con fines tributarios, incluido el intercambio automático... cada Parte obtendrá la información que se especifica en el apartado 2 de este artículo respecto de todas las Cuentas sujetas a comunicación de información, e intercambiará anualmente dicha información con la otra Parte, de forma automática, según lo dispuesto en el artículo 27 del Convenio” (Ministerio de Asuntos Exteriores, 2014)

Figura 14 a continuación se explica el proceso de implementación de FATCA en 5 pasos:

Figura 14: Pasos implementación FATCA



Fuente: Elaboración propia

Podríamos considerar, siguiendo el diagrama, que la implementación de FATCA comienza desde las negociaciones bilaterales más primitivas de CDI y enlaza con el interés de los EE.UU. de crear una red de AII capaz de soportar una exigencia mayor de intercambio de información.

Trayendo aquí una reflexión sobre la norma *Caribbean Basin*, podríamos decir que el intento de desarrollar una red de acuerdos de intercambio de información no era un instrumento inválido sino un instrumento incompleto, ya que la red se ha demostrado insuficiente por si misma de no ir reforzada de una normativa más precisa y consistente.

El esquema aquí expuesto sobre la implementación de FATCA, junto con el refuerzo desde los países desarrollados más relevantes, han hecho que el debate sobre la idoneidad de la norma (soberanía, imposición de obligaciones, extraterritorialidad) vaya poco a poco quedando atrás. La señalada progresión de la comunidad

internacional en materia de transparencia, cooperación administrativa e intercambio de información no habría sido posible sin el mencionado esfuerzo de los países, que cediendo soberanía y adaptando sus sistemas ven la posibilidad de llevar adelante un compromiso colectivo para acabar con la evasión fiscal internacional.

Jurisdicciones *offshore* con conflictos normativos por la adopción de FATCA, que no tienen voluntad de adaptación e integración, verán amenazado su estatus debido a la amplitud de la norma y a las consecuencias globales de éxito: estos territorios deberán decidir entre integrarse en FATCA³²³ mediante un cambio en su normativa doméstica o dejar a sus entidades financieras abandonadas ante FATCA, lo que en muchos casos supondrá dejar de operar en uno de los mayores mercados financieros internacionales o renunciar a los clientes estadounidenses. Derivadamente, y como consecuencia de un eventual desarrollo de un FATCA multilateral (GATCA, en palabras de Hodge (2014), para definir “*Global Account Tax Compliance Act*”), las entidades bancarias que no hubieran entrado en FATCA quedarían relegadas a operar exclusivamente con clientes y producto financiero nacional, lo que en un mundo que continúa su expansión globalizadora carece de sentido.

En conclusión, la implementación de FATCA a través de acuerdos intergubernamentales en consonancia con los CDI y los AII resuelve muchos de los problemas derivados de la extraterritorialidad y de normativas domésticas de los países.

Otro aspecto a tener en cuenta son los desafíos tecnológicos y las cargas derivadas de la implementación en real de la norma FATCA. En los últimos años las instituciones financieras y las administraciones fiscales han experimentado una considerable evolución en materia de tecnología de la información, pero la cuestión es si esta evolución es suficiente para implementar FATCA a nivel global sin incurrir en unos costes desproporcionados. La respuesta corta es no. FATCA supone costes de miles de millones de dólares para la amalgama de operadores financieros (mientras que la recaudación prevista para el tesoro americano se estima en algunos cientos de millones) (Hodge, 2014). Brodzka (2014) sobre un trabajo de la *Swiss-American Chamber of Commerce* ofrece algunos números de los costes y beneficios estimados de FATCA. La implementación, dice, tendrá un coste aproximado de entre 500.000

³²³ Y más adelante, en las exigencias de intercambio automático de la OCDE y/o eventualmente de otros países individuales que adopten normativas similares a FATCA.

millones y un billón de dólares en todo el mundo, mientras que los costes de gestión serán de unos 10.000 a 30.000 millones de dólares. Compara estos datos con los beneficios proyectados de FATCA, de unos 8.500 millones de dólares en 10 años, llegando a la conclusión de que el tipo de retorno de FATCA es de un 1%. ValueWalk (2016), sitio web de periodistas financieros especializados, ofrece los primeros datos de recaudación de FATCA situando los ingresos tributarios por este concepto en 13.500 millones de dólares y los compara con los costes de implementación de entre 200.000 millones y un billón de dólares y las 15.000 renuncias a la ciudadanía americana desde que el Presidente Obama firmó la norma para llegar a la conclusión de que la norma es imprudente y extraordinariamente narcisista al exigir el suministro de la información financiera de todos los estadounidenses que viven fuera de los EE.UU. En la misma línea de costes desproporcionados, Terveer (2015) apunta que, según un informe de la *American Society For Training And Development*, solo el coste de formación de personal para aplicar FATCA será de 1.182 dólares por empleado, lo que supone un coste global de 156.200 millones de dólares. No obstante, en este caso, Terveer antes que apostar por la derogación de la normativa apunta la solución a través de la conversión del sistema fiscal de renta mundial de los EE.UU. en uno de renta territorial.

Además, las complejidades técnicas son importantes, por lo que muchas instituciones están pensando en soluciones interinas (Shashoua, 2014) que podrían solucionar el problema a corto, pero las soluciones deben darse de forma global (estandarizadas desde grupos de países) teniendo en cuenta que el desarrollo de FATCA y la falta de certezas en algunos procedimientos puede llevar a un período de hasta cinco años para hacer el sistema de intercambio de información consistente.

Por último, y en relación con lo anterior, hay que tener en cuenta que las entidades deben prepararse para la que podríamos denominar GATCA o FATCA 2.0, esto es, los nuevos sistemas FATCA derivados de iniciativas unilaterales, como puede ser el FATCA británico, pero sobre todo para las soluciones globales de intercambio de información como las derivadas del G20 y OCDE y sus Acuerdo entre Autoridades Competentes (CAA, por su nombre original en inglés: *competent authority agreements*) y el Estándar Común de Información (CRS, por su nombre original en inglés: *common reporting standards*) (Wright, 2014).

Aquellas entidades que han decidido vaciar sus carteras de clientes americanos para

así evitar la gestión del intercambio de información no han tomado en cuenta que posiblemente en unos años y debido al “*Fatcastyle*”³²⁴ las normas de intercambio de información afectarán a los clientes de muchas nacionalidades.

Para las entidades financieras realizar ahora el esfuerzo de implementación podría, además de permitirles operar sin limitaciones en mercados o clientes, andar parte del camino que en unos años se verán obligados a recorrer.

La situación podría ser más compleja para los países en desarrollo. Aunque muchos de estos países están en plena implementación de las tecnologías de la información para gestionar impuestos e información fiscal, aun no han alcanzado el nivel óptimo. Organizaciones internacionales, como la OCDE está trabajando con estos países con la intención de mejorar sus administraciones fiscales con la utilización de las nuevas tecnologías de la información.³²⁵ Pero no solamente la OCDE, por ejemplo en Latinoamérica el Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT) sugirió en su asamblea de 2012 la “implementación y uso de las tecnologías de información para mejorar el desempeño y facilitar el correcto cumplimiento tributario”.³²⁶ En el plan estratégico de la CIAT para el período 2013-2017 destaca como claves el intercambio de información, la cooperación internacional y las tecnologías de la información.³²⁷

Por su parte, el Banco de Desarrollo de Asia ha destacado la tecnología de la información y comunicación como un asunto prioritario en las reformas de las administraciones tributarias de la mayoría de países asiáticos.³²⁸

En general, los países en desarrollo han entendido que el uso de las tecnologías de la información mejora la eficiencia de los procesos impositivos. La mayoría de las administraciones fiscales están emprendiendo significativas reformas para mejorar las tecnologías de la información, invirtiendo en recursos técnicos y formando debidamente a su personal. Ciertamente las administraciones fiscales han mejorado su

³²⁴ Según denominación de Wright.

³²⁵ (OECD, 2010): “*Over the last few years the FTA has examined a wide range of issues in the areas of compliance risk management, taxpayer services, and use of modern technology.*”

³²⁶ Disponible en http://www.sii.cl/ciat/es/index_esp.html

³²⁷ <http://ciat.org/index.php/es/acerca-del-ciat/lineamientos-estrategicos/577-plan-estratco-2010-2013.html>

³²⁸ Declaración tras el “*Asian Development Bank Tax Administration Seminar VI: Taxpayer Services Focusing on E-filing and Payment*”, disponible en <http://www.adbi.org/event/2935.tax.administration.seminar.vi/#sthash.7bMluDyA.dpuf>

rendimiento debido a los avances de las tecnologías de la información y su uso correcto (Bird & Zolt, 2008).³²⁹

En realidad FATCA (o GATCA o FATCA 2.0) habría sido inviable hace tres lustros, cuando Tanzi (2000) amenazaba con las termitas fiscales y cuando la OCDE comenzó su lucha contra los territorios y la competencia fiscal perniciosa. Ahora podría ser viable por los avances técnicos de las instituciones financieras y administraciones fiscales, pero la implementación será compleja y costosa.

No olvidemos que las tecnologías de la información han cambiado la forma en que los contribuyentes y demás agentes están conectados y se comunican con las instituciones financieras y las administraciones. La automatización y simplificación de los procedimientos podrían ser la clave para un potencial éxito de la implementación real de FATCA. Esto es, si FATCA se convierte en algo sencillo y eficiente su completa implementación y ejecución podría ser factible.

En conclusión, a pesar de las reticencias y preocupaciones iniciales, sobre todo de las asociaciones de banca y otras organizaciones financieras,³³⁰ FATCA pudo implementarse con éxito. Hoy día nadie duda de la aplicación extensa de FATCA y que las entidades financieras, administraciones tributarias y gobiernos van a aplicar y a hacer aplicar la norma. Los números que ofrece FATCA reflejan un éxito de alcance sin discusión: acuerdos firmados o alcanzados con más de 100 países, entre ellos múltiples territorios considerados como históricamente como paraísos o CFO,³³¹ o la entrada en FATCA de numerosas entidades financieras. Por ejemplo, solo en España más de 1.400 entidades financieras se han registrado con el IRS para cumplir con la norma FATCA.³³²

³²⁹ Primero comenzamos examinando cómo la tecnología puede ser utilizada para mejorar la administración tributaria, pero luego nos dirigimos a una pregunta más amplia y menos explorada, el potencial de la tecnología para cambiar el diseño de los sistemas fiscales en los países en desarrollo. Ahora podemos asegurar que la tecnología de la información está realmente cambiando los sistemas fiscales de los países en desarrollo.

³³⁰ Ver nota al pie 280.

³³¹ En Europa países y territorios como Suiza, Luxemburgo o Liechtenstein, las islas del canal, en el caribe las Islas Vírgenes o Panamá y en Asia Bahréin, Hong Kong o Singapur son un buen ejemplo del alcance sobre este tipo de territorios.

³³² <https://apps.irs.gov/app/fatcaFfiList/flu.jsf>

2. ANÁLISIS DE LAS POLÍTICAS DE LA OCDE A RAÍZ DE FATCA

2.1. RELACIÓN ENTRE FATCA Y LAS POLÍTICAS DE LA OCDE

2.1.1. Adaptación de la OCDE al entorno post FATCA

La OCDE ha recibido FATCA como una nueva oportunidad para cumplir el viejo anhelo de conseguir un sistema integrado y transparente que dificulte la evasión fiscal internacional. Sin embargo la OCDE no puede tomar una medida unilateral como EE.UU. ni tampoco lanzar una campaña de censura y desaprobación sobre los países y territorios no colaboradores, vistas las consecuencias de la campaña de competencia fiscal dañina.

En consecuencia, la OCDE debía cambiar su estrategia, intentar desarrollar una nueva pauta que consistiría en un mayor entendimiento y cooperación entre los países de forma multilateral, intentando trabajar conjuntamente en organizaciones con amplia representación de países y la aceptación por parte de una amplia mayoría de la comunidad internacional de, por un lado, unas políticas comunes de lucha contra la evasión fiscal, y por otro, de unos estándares de cooperación y asistencia mínimos y perfectamente establecidos y aceptados de antemano.

Tres elementos por tanto a tener en cuenta en el cambio de paradigma:

- Mayor cooperación internacional, mayor base y representatividad.
- Aceptación general de políticas comunes de lucha contra el fraude, menos dañinas de la soberanía fiscal de los países.
- Negociación previa de estándares de cooperación y asistencia.

Con respecto al primero de los elementos, puede verse claramente en el incremento de la participación de países en los nuevos foros internacionales de gestión de políticas de evasión y elusión fiscal y de intercambio de información. Ello nos lleva a otra de las claves del proceso, el cambio en las instituciones y organizaciones internacionales (principalmente OCDE) que habían quedado obsoletas para liderar el futuro del régimen fiscal por su poco alcance, su representatividad limitada y sus procedimientos demasiado parciales.

Ya nombramos el Foro Global, institución creada por la OCDE en el año 2000. Originariamente estaban presentes como miembros constitutivos únicamente los países de la OCDE y países denominados “cooperadores”, lo que supuso un total de

91 miembros en el Foro original. Tras varios años de trabajo conjunto y después de la reestructuración del año 2009, actualmente el Foro Global cuenta con 125 jurisdicciones y 15 observadores.³³³

Efectivamente FATCA ha sacudido el entendimiento del intercambio de información internacional, pero a la vez ha sido el catalizador de un cambio en las relaciones internacionales (en materia fiscal) agitando a la comunidad internacional y a la OCDE y haciendo a esta más fácil el camino que había iniciado en 2002 en su intento de crear una red global de intercambio de información a través de los acuerdos de intercambio de información.

2.1.2. El intercambio de información de la OCDE, los AII y su valor complementario

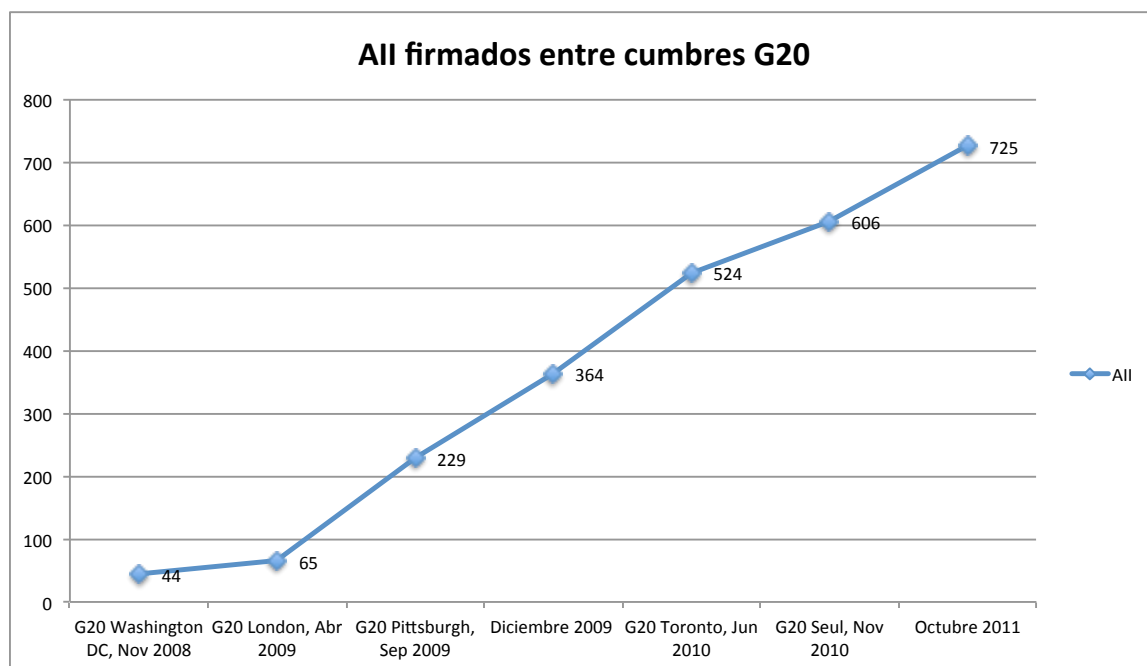
Ya en 1987 la OCDE consideraba la importancia del intercambio de información, la incapacidad del artículo 26 del Modelo de Convenio para intercambiar eficientemente información con trascendencia tributaria que sirviera para evitar la evasión y elusión fiscal y la necesidad de cimentar el intercambio de información fiscal multilateral a través de estructuras cooperativas entre países.³³⁴

La campaña lanzada por la OCDE fue culminada por el apoyo mostrado por el G20 de abril 2009, en consecuencia, como se dijo en el capítulo III, los paraísos fiscales firmaron AII por centenas hasta 2011.

³³³ African Tax Administration Forum (ATAF), Asian Development Bank, CARICOM, CIAT, Commonwealth, CREDAF, European Bank for Reconstruction and Development, European Investment Bank, Inter-American Development Bank, International Finance Corporation, International Monetary Fund, United Nations, World Bank Group and World Customs Organisation.

³³⁴ En el informe “*Measures to Prevent Abuse by Taxpayers*” dentro del libro publicado en 1987 por la OCDE “*International Tax Avoidance and Evasion: four related studies*” ponía de manifiesto que el Artículo 26 del Modelo de Convenio era insuficiente para forzar a las jurisdicciones a intercambiar la información necesaria para evitar la evasión fiscal y sugería poner en fondo común y compartir la información fiscal relevante a nivel internacional, lo cual podría constituir una nueva forma de cooperación multilateral. Sin duda un avance de lo que hoy se prevé con el Foro Global.

Figura 15: AII firmados entre cumbres G20



Fuente: OCDE. <http://www.oecd.org/ctp/fightingtaxevasion.htm>

Los AII, por tanto, fueron la herramienta de la OCDE para consolidar el intercambio de información en la era previa a la aparición FATCA. Esta campaña puede considerarse, como veremos a continuación, como una salida en falso hasta el impulso que supuso FATCA.

Ya hemos expuesto en el capítulo III como el intercambio de información a través de los AII no fue eficiente para contrarrestar la evasión fiscal *offshore* (Johannesen & Zucman, 2012). De hecho, durante aquella etapa y a pesar de la numerosa existencia de CDI y AII, muchos de estos firmados con paraísos fiscales, se incrementó la ocultación *offshore* (Zucman, 2014).³³⁵

Bilicka y Fuest (2014), en su análisis sobre con qué países comparten información los paraísos fiscales³³⁶ y cuál fue el efecto de los AII, concluyen que la campaña de la OCDE se puede considerar de éxito si se valora la misma numéricamente, sin embargo queda un largo camino por recorrer si se valora en términos de efectivo

³³⁵ “En abril de 2009 los líderes de los países G20 declararon el fin del secreto bancario. Desde entonces, los activos *offshore* gestionados en Suiza se han incrementado en un 15% [...] el crecimiento de la riqueza *offshore* en Luxemburgo crece un 20% desde 2008 a 2014. El crecimiento es más acusado en los países emergentes asiáticos, como Singapur y Hong Kong, en donde la riqueza *offshore* se ha incrementado un 28% desde finales de 2008 a finales de 2013”.

³³⁶ 600 AII firmados entre 2001 y 2011, de los cuales en 565 participaría algún paraíso fiscal conforme a la lista de países no cooperadores de la OCDE del año 2000.

intercambio de información ya que los paraísos fiscales firmaron sus doce AII³³⁷ con otros territorios ligados o en los que el intercambio de información era irrelevante debido a una relación económica despreciable. En conclusión, no existía un interés en compartir información fiscal relevante sino en cumplir con las exigencias de la OCDE

A pesar de las críticas a la efectividad de los AII, hay que destacar su rol de complemento necesario de la estrategia de intercambio de información en esta nueva etapa: tanto FATCA como el Foro Global, la CAM y el CRS de la OCDE son difíciles de asimilar sin una red de convenios y/o acuerdos de intercambio de información. Unos u otros dan cobertura jurídica a las exigencias administrativas derivadas de aquellos instrumentos. El éxito numérico que pregonan Bilicka y Fuest servirá en esta nueva etapa.

La red de acuerdos de intercambio de información quedaba limitada sin una exigencia adicional, que el intercambio se realizara de forma automática y bajo unos estándares predefinidos.³³⁸ El logro de FATCA fue precisamente poner a todos de acuerdo en esta necesidad. El complemento de la red de CDI y sobre todo de AII servirá a este proceso.

Si bien FATCA supone una imposición y exigencia de cumplimiento, que conculca con los principios de las políticas internacionales en materia fiscal, sin embargo no supone un quebranto legal en sí misma desde el momento que es una norma interna que afecta a contribuyentes estadounidenses. Las entidades financieras y gobiernos pueden o no acogerse a tal cumplimiento, y serán cada uno de los gobiernos y entidades financieras que decidan cumplir con FATCA los que deberán adaptar sus normativas y procedimientos internos a las nuevas obligaciones contraídas.

Por su parte las organizaciones internacionales no pueden imponer obligaciones sino solo recomendaciones y diseñar protocolos de entendimiento. Ahí es donde la OCDE, a diferencia de la primera campaña de competencia fiscal perniciosa ha sabido operar, y al igual que los EE.UU. con FATCA, pero con procedimientos adaptados a su naturaleza de organización internacional, está imponiendo sus estándares y

³³⁷ “Sus doce AII”, porque aunque no pueden concluirlo, sugieren que los paraísos fiscales relajaban sus negociaciones de firma de acuerdos una vez alcanzado los doce exigidos por la OCDE.

³³⁸ Conforme a la tesis de Gordon, los estándares predefinidos eran la forma de desarrollar un mecanismo *soft law* por todos aceptado que pudiera funcionar (Gordon, 2010).

recomendaciones en un ambiente negociador, participativo, global y coordinado (frente a la imposición unilateral que supuso FATCA).

2.2. LA NEGOCIACIÓN DE NORMAS INTERNACIONALES EN EL ENTORNO GLOBAL: GOBERNANZA EN EL SISTEMA FISCAL INTERNACIONAL

La regulación internacional dista de los sistemas legales internos de los países y jurisdicciones. El *soft law* juega un rol fundamental en aquella. Mientras que la regulación doméstica es sencillamente ley, esto es, obligatoria, precisa y de obligado cumplimiento, lo que podría definirse como *hard law*, la regulación internacional carece o presenta minorados estos efectos, definiéndose su normativa como *soft law*.

Comenzando por la identificación del concepto, señala Vega (2012) que es posible distinguir tres principales enfoques de la noción de *soft law*. El más común es el que identifica *soft law* con instrumentos no vinculantes creados con la intención de tener un impacto sobre el comportamiento de los Estados. Alternativamente la expresión *soft law* puede ser usada para referirse a estos instrumentos, incluso los que puedan ser vinculantes, como excesivamente imprecisos o vagos, y por último como aquellos que carecen de un mecanismo formal de cumplimiento.

Pues bien, lo anterior enlaza perfectamente con el criterio ya expresado anteriormente³³⁹ de evaluar o graduar el *soft law* en función del nivel en que se encuentre cada uno de estas aproximaciones o elementos constitutivos. De esta forma, el primero de los enfoques de Vega, instrumentos no vinculantes, enlaza perfectamente con el elemento obligación [O,o] que Abbott y Snidal consideran en su análisis del *soft law* por medida del nivel de intensidad. Así el segundo, la imprecisión y vaguedad, coincidiría con la precisión [P,p] y la carencia de mecanismo de cumplimiento con la delegación [D,d] (Abbott et al., 2000; Abbott & Snidal, 2000).

Una vez explicada FATCA en el capítulo IV como instrumento de lucha contra la evasión fiscal, resulta interesante destacar la teoría de la medición del *soft law* porque este enfoque, al partir del concepto de legalización, nos permitirá comparar la intensidad de este instrumento frente a otros instrumentos que analizaremos en este trabajo.

³³⁹ Ver nota al pie 110.

La Obligación significa que los Estados están sometidos a regla o compromiso internacional; la Precisión significa que las normas son ciertas, sin ambigüedades, que definen la conducta que se requiere, autoriza o proscribe; Delegación (la más comprometida con la soberanía) significa que los Estados ceden a una tercera parte la posibilidad de juzgar, interpretar o incluso regular en una fase ulterior.

A partir de esta terna de elementos, cuya máxima expresión (alta obligación [O], precisión [P] y delegación [D], como podría darse en el ámbito internacional dentro de la UE) significa la máxima expresión de la regulación internacional, la menor intensidad o la falta total de alguno de los elementos puede conllevar también la generación de reglas, compromisos y negociaciones generadoras de políticas internacionales.

Que la regulación sea de menor intensidad (lo que vendría a configurarse como *soft law*) no significa que no sea eficiente.³⁴⁰ Sobre todo teniendo en cuenta las dificultades de regular multilateralmente aspectos tan ligados a la soberanía de los Estados como lo es la fiscalidad y la información fiscal de contribuyentes y operadores económicos.

El debate sobre las ventajas y desventajas del *soft law*³⁴¹ queda empequeñecido frente a (i) la necesidad de utilizar *soft law*, como única alternativa para regular ciertos aspectos, (ii) su valor intrínseco y los (iii) procesos de endurecimiento de las propias regulaciones *soft law* y su conversión, eventualmente, en *hard law*.

Efectivamente, muchos ámbitos de la gobernanza global solo pueden ser regulados mediante mecanismos *soft law*: recomendaciones, pautas o informes no vinculantes. Este aspecto, sin embargo, no debe ser reducido a insignificante por el mero hecho de la carencia de obligatoriedad, o expresándolo en otras palabras, su bajo o inexistente nivel de solidez o firmeza legal. En múltiples ocasiones el ámbito internacional no encontrará mecanismos de legislar aspectos fiscales mediante acuerdos vinculantes

³⁴⁰ “Soft law is valuable on its own, not just as a stepping-stone to hard law. Soft law provides a basis for efficient international “contracts,” and it helps create normative “covenants” and discourses that can reshape international politics. International legalization in all its forms must be considered one of the most significant institutional features of international relations”. Así concluyen Abbott y Snidal (2000) su trabajo “Hard and Soft Law in International Governance”.

³⁴¹ Con argumentos a favor como la facilidad y reducción de costes de la elaboración de *soft law* o en contra como la carencia de mecanismos de garantía legal en su elaboración o el riesgo de convertirse en ley vinculante por la puerta de atrás. Para un mayor análisis de estos aspectos, ver Vega (2012).

(convenios o acuerdos) quedando únicamente la ventaja que ofrece el *soft law* como instrumento sencillo para alcanzar acuerdos.

No obstante, el *soft law* atesora un valor intrínseco, no solo por tratarse muchas veces de un primer paso para alcanzar regulaciones vinculantes sino como generador de tendencias y origen de fundamentos básicos de la fiscalidad internacional.

Concretamente el intercambio de información resulta una interesante muestra de cómo el *soft law* puede llegar a perdurar. Si bien el intercambio de información fiscal, como instrumento fijo en los convenios y acuerdos bilaterales, tiene más visos de *hard law* que de *soft law*, sin embargo observamos en la transformación del original intercambio de información convencional y bajo requerimiento hacia el intercambio automático el efecto de la maduración del proceso de *soft* a *hard law*.

Efectivamente el intercambio de información está trascendiendo desde la bilateralidad originaria e ineficiente hacia la multilateralidad automática y es justo ahí donde los mecanismos de un *soft law* diligente han mostrado su validez gracias a la ventaja de elemento de negociación fácil, su valor intrínseco y su versatilidad para construir un amplio arco de soberanías participantes.

Si bien es cierto que FATCA como normativa unilateral, *hard law* puro, ha tenido una gran trascendencia en el desarrollo del proceso, no hay que desestimar el papel jugado por la OCDE como hábil intermediario. Consenso, participación y adaptación han sido fundamentales en el proceso de definir regulación *soft law* con altas exigencias administrativas y elevadas cotas de precisión normativa.

El proceso de consolidación del intercambio de información ha viajado desde orígenes convencionales *hard law*, introducido en las normativas domésticas de los países mediante convenios y acuerdos internacionales, pero sin efecto notable en la reducción de la evasión fiscal, ha pasado por la exigencia unilateral más absoluta y se puede consolidar multilateralmente desde el más humilde origen de regulación *soft law*.

Uno de los errores que achaca Vega a la OCDE en su estudio sobre la gobernanza global a través del *soft law* es que la definición de las pautas sobre precios de transferencia son realizadas desde la OCDE sin contar con la participación de los países en desarrollo al no formar parte de la organización.

Sin duda esta es una cuestión objeto de estudio en esta tesis. La OCDE en la regulación sobre la evasión fiscal internacional ha transformado la participación, permitiendo a países en desarrollo así como paraísos fiscales y CFO formar parte de las instituciones que desarrollan los instrumentos. Lo anterior, unido a las bondades que los instrumentos *soft law* comportan (facilidad de negociación, valor intrínseco y perdurabilidad) más la indudable idoneidad de la OCDE, por su experiencia y capacidad de transformación, han hecho que la regulación del intercambio automático de información se vaya convirtiendo en principio general (los países intercambian información) y regulación precisa y cada vez más vinculante.

Ciertamente, desde el primer intento de la OCDE de regular la evasión fiscal internacional y las prácticas fiscales perniciosas al momento decisivo en el que nos encontramos ahora se han producido una serie de hechos y cambios generadores de un nuevo paradigma. Resulta interesante analizar el proceso por el que han pasado las políticas e instrumentos de lucha contra la evasión fiscal internacional dentro de la OCDE para comprender mejor la naturaleza de los instrumentos actuales y el proceso de cambio que se ha producido dentro de la propia institución. A continuación intentaremos explicar el cambio desde la perspectiva de la gobernanza internacional.

2.3. ANÁLISIS DEL NUEVO DESARROLLO DE POLÍTICAS: LA OCDE COMO *GLOBAL NETWORKING ARENA*

Como hemos apuntado más arriba, la OCDE tiene los equipos y la experiencia profesional necesaria para enfrentar con éxito cualquier análisis de la situación fiscal internacional y diseñar las propuestas necesarias. No obstante, es indispensable dotar a esta fuerza profesional de las directrices políticas en materia de cooperación y negociación internacional con el objetivo de convertir las propuestas en auténtica regulación internacional con el alcance y la participación global exigibles. Esta regulación debe nacer desde el desarrollo de instrumentos *soft law*, meticulosos con la soberanía de los Estados y con altas cuotas de participación. A partir de ahí la organización debe cuidar y hacer perdurar estos instrumentos, que se convertirán eventualmente en pronunciamientos aceptados, que completarán, en su caso el *hard law* internacional y tendrán capacidad de convertirse en regulación internacional reconocida. En ciertos casos esta norma nacida como *soft law* se transformará en regulación internacional *hard law*.

Algunas de las nuevas políticas que convierten a la OCDE en el nuevo escenario de redes globales en materia fiscal son el Foro Global³⁴² y la CAM, que muestran la mejor expresión de amplitud y cooperación.

La CAM va mucho más allá en intercambio de información que los AII firmados por centenas entre países no OCDE. Además este instrumento es multilateral, dando el paso definitivo (aunque aun en sus primeros estados) para pasar del bilateralismo al multilateralismo. Como ejemplo de la importancia del multilateralismo, tomando un conjunto de 92 países (signatarios actuales) significaría un alcance de 4.186 acuerdos bilaterales de intercambio automático de información y asistencia administrativa.

Un acuerdo multilateral que pretendiera regular la totalidad de las relaciones fiscales internacionales, a la imagen de los tratados de doble imposición, sería inconcebible debido a las diferencias entre los diferentes sistemas fiscales, pero alcanzar acuerdos multilaterales sobre aspectos fiscales más definidos (aquellos relativos a la soberanía administrativa que además cumplan con la precisión requerida en regulación internacional) y a priori menos invasivos de las soberanías fiscales de los países podría ser un primer paso para conseguir una regulación global en materia fiscal.

En conclusión, la OCDE se ha convertido en el auténtico *global networking arena* en fiscalidad internacional. Alcanzar este carácter no ha sido sencillo desde el momento en que la OCDE nació para promover una serie de políticas económicas relacionadas con el desarrollo de un grupo de países arrasados por una guerra y se convirtió en un club de países ricos con ciertas trazas imperialistas.

Los hechos que han llevado a la OCDE a convertirse en tal tipo de organización han sido, por una parte, la profesionalización de sus directivos y personal en materia fiscal. Ningún organización en el mundo tiene tal experiencia en lo que se refiere a la fiscalidad internacional, lo que supone una ventaja a la hora de ser elegido como prestador de servicios y en aglutinador de políticas en encargos relacionados con la fiscalidad internacional.

Por otro lado la OCDE cuenta con el poder político necesario para poder negociar multilateralmente aspectos relacionados con la fiscalidad internacional. No obstante

³⁴² El Foro Global quedaba fuera de la estructura de OCDE, y permitía la participación de países y territorios no miembros. Países como China (con intereses en la materia por territorios como Hong-Kong o Macau, ambos en situación comprometida) se sentían cómodos en este nuevo organización.

no hay que equivocarse en este sentido, gran parte de la legitimidad con la que cuenta actualmente se debe al buen hacer negociador y el cambio de orientación que supuso la caída de la campaña de competencia fiscal nociva. La creación de foros globales alejados de su estructura han potenciado este carácter.

2.4. MEDIDAS DE LA OCDE EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA ESTRATEGIA FATCA DE INTERCAMBIO AUTOMÁTICO DE INFORMACIÓN A NIVEL GLOBAL

Avi-Yonah y Savir (2014) analizan en un interesante trabajo comparativo las soluciones FATCA a través de los acuerdos intergubernamentales y la aplicación del intercambio de información conforme a las soluciones que pueda aportar la OCDE y concretamente el acuerdo multilateral de la CAM. En las conclusiones remarcan: “en nuestra opinión, en un mundo económico global que crece diariamente, un acuerdo bilateral entre países puede ganar la batalla pero perderá la guerra contra la evasión fiscal”. Tras una declaración tan literaria como esta, consideraban a continuación, en base a los análisis llevados a cabo que, en su opinión, los EE.UU. y la OCDE deberían abandonar el intercambio de información y la asistencia administrativa bajo los artículos 26 y 27 de los CDI, como también los bilaterales AII y acuerdos intergubernamentales y en su lugar acometer el acuerdo multilateral de la CAM.

Eccleston y Gray (2014) hacen un análisis de FATCA y del nombrado liderazgo de los EE.UU. en la batalla contra la evasión fiscal internacional para discernir si era una revolución o un falso amanecer, y llegaba a la conclusión de que las deficiencias de FATCA³⁴³ debían ser puestas al día para crear un marco apropiado para el intercambio de información automático de datos fiscales.

Consideran los autores que a pesar de que FATCA fue inicialmente no bienvenida por la OCDE, recientes desarrollos sobre la transparencia apoyan una interpretación más optimista que facilita una percepción más general de la gobernanza global post crisis. Esa transformación en las percepciones de la OCDE es la generadora de la posibilidad de adaptación y aplicación de soluciones globales.

³⁴³ Principalmente derivadas de falta de reciprocidad (Christians, 2013b), la perversión de la aplicación de la norma permitiendo riqueza oculta en los EE.UU. a través de jurisdicciones con altos niveles de secretismo como Delaware (Mathiason, 2009) o la pobreza del proceso de FATCA por su naturaleza unilateral sobre la que hay que crear un marco apropiado (Gilleard, 2013).

Destacan que la mejor estrategia para alcanzar una política global de intercambio de información global es llevar los principios clave de FATCA al emergente régimen internacional para que el intercambio automático de información sea propugnado por el G8 y el G20, implementado por la OCDE y patrocinado por el Foro Global. Esta política de convergencia no solo reduciría los costes administrativos y de cumplimiento asociados sino que en gran medida mejoraría su legitimidad política, efectividad y sostenibilidad.

El Modelo 1 con reciprocidad del acuerdo intergubernamental del FATCA prevé su evolución de a un nivel multilateral/global a través del apartado 3 del artículo 6: Elaboración de un modelo común de comunicación e intercambio de información por el que las partes se comprometen a trabajar con otros socios (OCDE y UE) en la adaptación de los términos del acuerdo FATCA a un modelo común para el intercambio automático de información, trabajo en el que se incluye la elaboración de los estándares sobre comunicación, información y diligencia debida que deben aplicar las instituciones financieras.

Ecclesstone y Gray intuyen un problema al no estar esta cláusula incluida en los acuerdos sin reciprocidad (Modelo 1 sin reciprocidad y Modelo 2) y la expansión de estos últimos, lo que denotaba una falta de compromiso global por la transparencia y el intercambio de información que pueda lastrar la lucha contra la evasión fiscal internacional. Sin embargo, no creemos que este compromiso tenga que verse reflejado en la cumplimentación de acuerdos de implementación de FATCA, sino en el subsiguiente compromiso con los desarrollos que la OCDE (y en su caso la UE) hagan de las herramientas de intercambio de información automática global.

En cualquier caso, los avances en la materia se están produciendo a una gran velocidad y el compromiso de los países aumenta paulatinamente. Los líderes de los países del G8 y del G20 han brindado su total apoyo a la adopción del intercambio automático de información como nuevo estándar de transparencia fiscal internacional y han recomendado reiteradamente a los países su adhesión a la CAM y su participación en el Foro Global (Pecho Trigueros, 2014).

En 2013 comienza el trabajo de la OCDE (auspiciado por el G8) sobre la elaboración de un estándar universal de intercambio automático de información. El trabajo se centraba en cuatro medidas para la correcta implementación: 1. La promulgación de

un marco legal amplio a fin de facilitar la expansión de las jurisdicciones asociadas; 2. Seleccionar una base jurídica para el intercambio de información; 3. Adaptar el alcance de los requisitos de la diligencia debida y guías de coordinación; y 4. El desarrollo de estándares compatibles o comunes de tecnologías de información y comunicaciones.

Tanto el G8 como el G20 apoyaron la propuesta de la OCDE y anunciaron su compromiso de convertirlo en aplicable como estándar global (OECD, 2013c, 2014b).

En febrero de 2014, la OCDE presentó su propuesta con dos componentes, en respuesta a las cuatro medidas para la correcta implementación que se marcaron. Un componente jurídico y un componente técnico:

A. El componente jurídico queda ligado al Acuerdo entre Autoridades Competentes (CAA, *Competent Authority Agreements*), como modelo de acuerdo que las jurisdicciones que deseen implementar el nuevo estándar global de intercambio automático de información deben firmar y que en mayo de 2016 cuenta con 82 firmantes.³⁴⁴

El CAA contiene considerandos y secciones. Entre los considerandos existe la referencia a la CAM o al CDI (u otro instrumento, como podría ser un AII) existente que prevea el intercambio de información automático, dando cobertura jurídica al mismo. Igualmente considera las salvaguardas sobre confidencialidad de la información recibida y la conveniencia de las infraestructuras precisas para llevar a cabo una relación de intercambio efectivo: incluidos los procesos establecidos para asegurar en tiempo, precisión y confidencialidad un intercambio de información, efectivo y confiable así como las capacidad para resolver cuestiones y preocupaciones sobre los requerimientos de intercambio. Las secciones, por su parte, tras una serie de definiciones se encargan de precisar:

- **Ámbito de aplicación:** automático y anual sobre las cuentas reportables que deberán incluir el nombre, la dirección, el número de identificación fiscal y la fecha y lugar de nacimiento del titular de la cuenta, el número de cuenta, el nombre de la entidad financiera, el balance de la cuenta, intereses pagados, etc.

³⁴⁴ <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/MCAA-Signatories.pdf>

- Tiempo y forma del intercambio: de acuerdo con los principios fiscales domésticos de las jurisdicciones firmantes, dentro de los nueve meses siguientes al fin del año natural y en el CRS (Estándar Común de Información - *Common Reporting Standards*).
- Colaboración en el cumplimiento.
- Confidencialidad y salvaguarda de datos.
- Consultas y enmiendas.
- Duración del acuerdo.

B. El componente técnico a las soluciones previstas, a través del CRS, como conjunto de reglas mínimas comunes en relación al suministro de la información y la diligencia debida que deberán llevar a cabo las instituciones financieras.

El CRS describe básicamente la información a reportar y los requerimientos de diligencia debida para implementar el intercambio de información automático de cuentas financieras, para lo que sigue los estándares fijados en los acuerdos intergubernamentales de FATCA.

Con respecto a la información a suministrar, la sección 1 establece que las instituciones financieras deben suministrar información del nombre, dirección, jurisdicción de residencia, número de identificación fiscal y lugar y fecha de nacimiento de cada persona reportable, el número de cuenta, el nombre y número identificativo de la institución financiera y los saldos de cuentas durante el período, intereses, dividendos y los rendimientos de ciertos contratos de seguro y resultados por la venta de activos financieros.

Un proceso de diligencia debida determinará las cuentas reportables, diferenciando el proceso entre cuentas ya existentes³⁴⁵ y nuevas cuentas. Las instituciones financieras incluidas en el CRS son bancos, instituciones de custodia e instituciones de depósito, pero también ciertos vehículos colectivos de inversión y compañías de seguro.

El alcance del suministro se extiende a personas físicas y jurídicas que son residentes en cualquiera de las jurisdicciones que firmen el acuerdo. Dentro de las personas jurídicas se incluyen las entidades pasivas no financieras en las que se buscará a las personas que las controlan como beneficiarios efectivos del vehículo de inversión.

³⁴⁵ Más complicadas de determinar titularidades.

El proceso de revisión de cuentas se diferencia entre las ya existentes y las nuevas. Con respecto a las cuentas ya existente establece un procedimiento más riguroso en la determinación de cuentas con alto valor, exigiendo búsquedas de registros electrónicos y en papel de evidencias, contratos, procedimientos KYC,³⁴⁶ poderes otorgados, etc. Así como la involucración de gestores o el uso de los indicios para conocer la titularidad de la cuenta. Se establece para las cuentas preexistentes de entidades un umbral de no necesaria identificación, que se establece en 250.000 dólares.

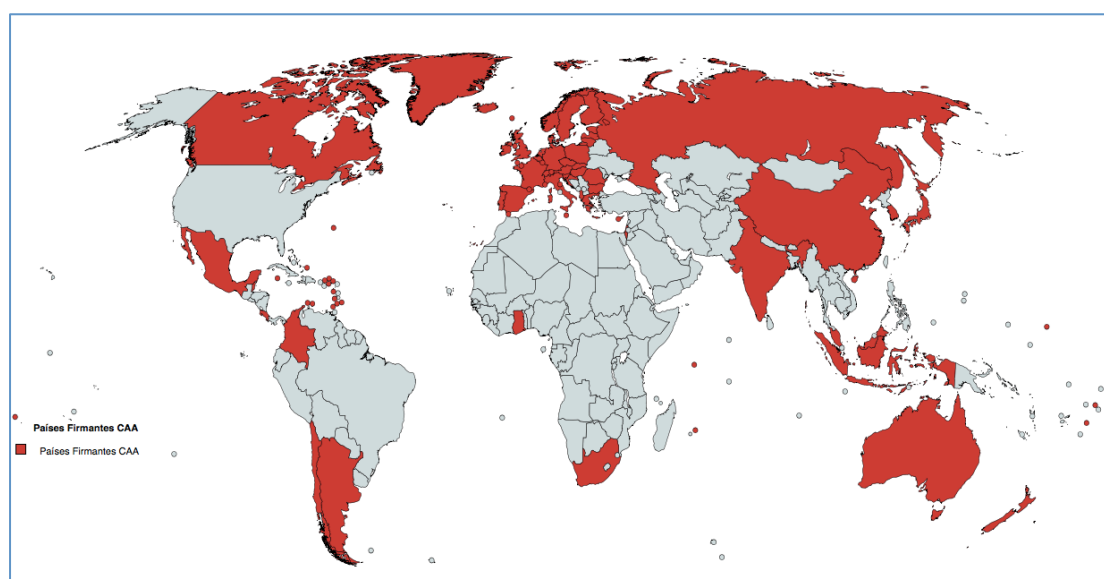
Para las cuentas nuevas el CRS contempla un procedimiento de auto-certificación como parte de los procedimientos de apertura de cuentas, que permita determinar la residencia de los titulares de las cuentas a efectos tributarios, para lo cual se servirá la entidad financiera de la información recopilada para abrir la cuenta de la documentación derivada de KYC o procedimientos de lucha contra el lavado de dinero. Al ser más fácil determinar la titularidad de las nuevas cuentas, para éstas no aplica el umbral de los 250.000 dólares.

Destaca Pecho Trigueros que este nuevo estándar global de intercambio automático de información no incluye retención o sanción para las entidades financieras ante su incumplimiento, de forma diferente a FATCA, por lo que el CRS se mantiene en el ámbito de la recomendación. Tampoco reemplaza el estándar de intercambio a requerimiento, simplemente lo complementa (Pecho Trigueros, 2014). El reto es lograr que la recomendación sea adoptada globalmente.

Un total de 82 jurisdicciones, tal como puede comprobarse en el mapa, han firmado el acuerdo de autoridad competente multilateral, lo que significaría una implementación magnífica de acuerdos de intercambio de información automáticos para el supuesto desarrollo de las soluciones CAA y CRS de la OCDE.

³⁴⁶ “*Know Your Customer*” o conoce a tu cliente como procedimiento legalmente establecido que deben seguir las instituciones financieras derivados de las políticas e instrumentos de lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo y que se ha incorporado al marco legislativo de la UE a través de sucesivas directivas.

Figura 16: Mapa de los países firmantes de CAA



Fuente: Elaboración propia a partir de <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/MCAA-Signatories.pdf>

La solución de la OCDE consiste, pues, en la determinación del marco jurídico (CAA) y las soluciones técnicas precisas (CRS) configurado con los instrumentos legales (CDI, AII y CAM) que permiten la implementación doméstica y en consecuencia capaces de permitir el intercambio de información automático.

La solución no añade nada nuevo más allá de FATCA (acuerdo legal, mecanismo y soporte convencional). Sin embargo se intuye un riesgo derivado de esta dualidad como consecuencia de la discutible reciprocidad de FATCA.

2.5. ÚLTIMA ESTACIÓN, BEPS

El proceso de cambio en la OCDE que analizamos en este trabajo se ve completado por una nueva iniciativa denominada *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS).

BEPS nace como una campaña en respuesta a los excesos de las grandes multinacionales derivados de las planificaciones agresivas que les permiten un pago minúsculo de impuestos sobre beneficios. A principios de esta década comenzaron desde plataformas civiles protestas y exigencias de respuestas política a los abusos de las grandes multinacionales. Como ya hemos puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo, las actuaciones de organizaciones no gubernamentales se han convertido en

un factor importante en aspectos fiscales derivados de la evasión fiscal, y las BEPS son un buen ejemplo de su labor de denuncia y reacción por parte de los poderes.

Plataformas como *UK Uncuts* fueron las protagonistas de las primeras reacciones a los abusos de las grandes compañías (Rogers, 2012) y otras como TJN han contribuido con su labor de análisis y denuncia estas prácticas.³⁴⁷ La prensa especializada se hizo eco de estos abusos³⁴⁸ (Rogers, 2012; Sheppard, 2015) e incluso de los poderes políticos reaccionaron, como es caso del Senado de los EE.UU. que iniciaron una investigación contra Apple Inc. por supuesta evasión de impuestos como consecuencia de su estructura en Irlanda.³⁴⁹

La revelación de información a cargo de ICIJ ha servido desde 2013 para dar mayor conocimiento del mundo *offshore*. Pero además las administraciones tributarias se han servido en muchos casos de la información para investigar posibles actuaciones evasivas o elusivas (*tax ruling*) y también ha servido como elemento disuasorio para contribuyentes que no deseaban ver su nombre en las publicaciones de ICIJ. La última revelación de información conocida como *Panama Papers* revela más de 11,5 millones de documentos, cubriendo más de 40 años de operativa *offshore* de la firma Mossack Fonseca en la que quedan expuestos políticos y altos cargos públicos de numerosos países, bancos o deportistas, entre otros.³⁵⁰ Esta nueva línea de investigación viene precedida de la principal aplicación de ICIJ hecha pública en 2013 y que consiste en una base de datos de contribuyentes, administradores y vehículos de inversión, incluyendo direcciones y relaciones entre estos.³⁵¹

Como consecuencia de toda esta agitación, los Estados reaccionaron³⁵² y en el año 2013 el G20 pidió a la OCDE liderar un proceso de reformas sobre los sistemas de impuestos corporativos sobre beneficios para contrarrestar esta planificación agresivo-acrobática que llevaban a cabo las multinacionales y poner fin a los abusos,

³⁴⁷ <http://taxjustice.blogspot.ch/2012/11/starbucks-google-amazon-in-uk-tax.html>
<http://www.taxjustice.net/2015/10/21/european-commission-determines-state-sponsored-tax-avoidance-schemes-illegal/>

³⁴⁸ <http://www.telegraph.co.uk/technology/apple/10071976/Apple-shifted-golden-goose-to-Ireland-to-avoid-tax-Senate-committee-claims.html>

³⁴⁹ <http://www.wsj.com/articles/SB10001424127887324787004578495250424727708>

³⁵⁰ <https://www.icij.org/blog/2016/04/offshore-links-more-140-politicians-and-officials-exposed>

³⁵¹ <http://offshoreleaks.icij.org/search>

³⁵² <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/32e6a5c4-1a80-11e5-a130-2e7db721f996.html#axzz3uzFmKGW9>
http://www.nytimes.com/2014/11/15/business/international/the-tax-attraction-between-starbucks-and-the-netherlands.html?_r=0
<http://www.ft.com/intl/cms/s/0/8a4eb77c-35ba-11e3-b539-00144feab7de.html#axzz3uzFmKGW9>

asegurando así que los beneficios tributen allí donde el valor es creado, y evitando de esta forma el denominado *stateless income* que deja a las administraciones tributarias sin recaudación por beneficios empresariales, bien voluntariamente, como consecuencia de las ayudas de Estado (derivadamente competencia fiscal perniciosa e incitadora del *race to the bottom*) o involuntariamente como consecuencia del perfecto ejemplo de las denominadas BEPS (erosión de bases imponibles y deslocalización de beneficios).

La reacción de los Estados hicieron que el G20 de nuevo confiara a la OCDE la elaboración de una política y el desarrollo de unos instrumentos fiscales para contener la evasión o elusión fiscal por operaciones corporativas que estimaban podía oscilar entre un 4 y un 10% de las recaudaciones por impuesto sobre sociedades, esto es, de 100 a 240 mil millones de dólares anuales (OECD, 2015).

No es posible no encontrar paralelismos entre BEPS y el intercambio de información en la OCDE. Ambas campañas han sido precedidas de escándalos fiscales, con reacción primigenia de los EE.UU., toma de consideración por parte del G20 y desarrollo (rogado por el G20) por parte de la OCDE.

La campaña se encuentra actualmente en su fase final, a la vez la más compleja, ya que es la consistente en la implementación de las recomendaciones. Aunque esta campaña no es objeto de estudio en este trabajo, cuya línea de investigación navega principalmente por el intercambio de información como hilo conductor de los cambios en la política fiscal internacional, sí resulta de interés investigador estudiar las características principales de la misma y examinar el nexo con el intercambio de información, lo cual seguro ayudará a dar una visión más amplia del cambio y nos ayudará a explicarlo mejor.

La campaña BEPS se diseña bajo el denominado plan de acción que fue publicado en julio de 2013 y que contenía el proyecto de trabajo para los próximos tres años. El esquema es como sigue: una primera fase de definición de los aspectos de la fiscalidad internacional que requieren ser modificados al ser generadores de situaciones de fácil evasión o elusión fiscal por parte de las multinacionales. Esto es lo que se denominan las acciones y se desarrollaron un total de 15, que quedaron presentadas en 2013 (OECD, 2013a, 2014a):

1. Abordar los retos de la economía digital en la imposición.

2. Neutralizar los efectos de los desajustes provocados por mecanismos híbridos.
3. Fortalecimiento de las normas CFC (compañías foráneas controladas).
4. Limitar la erosión de la base imponible por vía de deducciones en intereses y otros pagos financieros.
5. Combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia.
6. Impedir el abuso de convenio.
7. Impedir la elusión artificiosa de la condición de Establecimiento Permanente.
8. Asegurar que los resultados en los precios de transferencia están en línea con la creación de valor/intangibles.
9. Asegurar que los resultados en los precios de transferencia están en línea con la creación de valor/riesgos y capital.
10. Asegurar que los resultados en los precios de transferencia están en línea con la creación de valor/otras transacciones de alto riesgo.
11. Establecer metodologías para la recopilación y análisis de datos sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios y de las acciones para enfrentarse a ella.
12. Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva.
13. Reexaminar la documentación sobre precios de transferencia.
14. Hacer más eficaces los mecanismos de resolución de controversias.
15. Desarrollar un instrumento multilateral.

Estas acciones se describen y se determina una fecha para su desarrollo, que puede ser septiembre de 2014 o de 2015, con el propósito de subsiguiente implementación. Se trata, pues, de una sistema de trabajo por objetivos que serán precisados en unos informes y ejecutados por los agentes.

La segunda fase, en consecuencia, es el desarrollo de los informes correspondientes sobre cada una de las acciones. En octubre de 2015 efectivamente quedaron todos los informes presentados,³⁵³ por lo que puede darse por concluida esta segunda fase.

La denominada tercera fase sería la de implementación de las recomendaciones en los ordenamientos internos de los diferentes países mediante modificaciones en los

³⁵³ <http://www.oecd.org/tax/beps-2015-final-reports.htm>

diferentes ámbitos, a saber: Modelo de Convenio, directrices de los precios de transferencia, desarrollo de instrumentos multilaterales, procedimientos de las administraciones tributarias o, en el más amenazante de la soberanía de los Estados, cambios legislativos en los países.

De nuevo la OCDE se enfrenta a la solicitud de cambios legislativos en los Estados, aunque en esta nueva empresa aprende de los errores del pasado. Por una parte la OCDE ha hecho un esfuerzo de inclusión de los países no miembros (García Novoa, 2015), por otra no utiliza las presiones internacionales para forzar el cumplimiento, sino que circunscribe todas sus actuaciones al campo de las recomendaciones, haciendo uso del más discernible *soft law* y por último no dispara dichas recomendaciones contra determinadas jurisdicciones, no pudiendo ser acusado en este caso de falta de imparcialidad.

Interesa en esta tesis analizar las vinculaciones entre la campaña BEPS y el intercambio de información tributaria derivado de FATCA. Constata el profesor García Novoa (2015) cómo FATCA supone un vuelco producido en el ámbito del intercambio de información tributaria cuyo cambio definitivo debe llevarse a cabo a través de la progresiva implantación de mecanismos multilaterales en la modalidad automática, señalando como instrumento idóneo para los acuerdos multilaterales el modelo OCDE-Consejo de Europa sobre asistencia mutua e intercambio de información y las subsiguientes soluciones jurídicas y técnicas CAA y CRS. Considera ésta como una tendencia imparable en la que todos los Estados están venciendo sus reticencias a la cooperación internacional.

Pone de relieve como es este el marco (el descrito en esta tesis) en el que surgen las acciones BEPS, y como el intercambio de información o la recopilación de datos, recogidos como elemento de las BEPS a través de su acción 11, es una pieza fundamental dentro de las novísimas actuaciones del sistema fiscal internacional contra la evasión fiscal.

En este trabajo analizamos los cambio, y ponemos énfasis en que la Ley FATCA ha sido el resorte de los mismos. BEPS solo viene a confirmar esta tesis, bien porque la mecánica del diseño de la política y los instrumentos copia a la que se siguió en FATCA y el intercambio de información a través de instrumentos multilaterales amparados en la OCDE y auspiciados por el G20 y porque el cambio en el

comportamiento y la forma de hacer política de la OCDE, también en las BEPS, confirma la transformación, el uso del *soft law*, de la cooperación y de la inclusión como paradigma de los cambios.

3. ANÁLISIS DE LAS POLÍTICAS DE LA UE A RAÍZ DE FATCA

La línea de trabajo de la OCDE ha sido compartida por la UE, lo cual se confirma en las enmiendas de las Directivas del Ahorro y de Asistencia Mutua. La UE ha sido una de las instituciones impulsoras de los avances en la implementación del intercambio automático de información, no solo con los EE.UU. a través de su norma FATCA,³⁵⁴ sino también dentro de Europa mediante la integración y desarrollo de soluciones CRS en sus Directivas e incluso globalmente con su apoyo a la OCDE en el desarrollo de las soluciones CAM y Foro Global.

Si bien la Directiva 2014/48/UE del Consejo, de 24 de marzo de 2014 que modifica la Directiva del Ahorro (Directiva 2003/48/CE) tiene como objetivo realizar cambios y mejoras técnicas sobre esta última,³⁵⁵ la Directiva 2014/107/UE de 9 de diciembre de 2014, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere a la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad supone, de hecho, la introducción del CRS en el ámbito comunitario del intercambio automático de información.

Siendo que el estándar seguido en la CRS de la OCDE se basa en FATCA y el ámbito de la UE la Directiva 2014/107 adopta el modelo CRS, se puede decir que los estándares de intercambio de información nacidos en FATCA se han globalizado y ahora son compartidos por los tres grandes actores de la lucha contra la evasión fiscal internacional: EE.UU., UE y OCDE.

Siguiendo a Martos Belmonte (2015), nos encontramos, con matices, ante el mismo tipo de instituciones financieras obligadas a comunicar información, ante las mismas cuentas sujetas a comunicación de información y, básicamente, ante los mismos procedimientos de diligencia debida de suministro de información. Es cierto que no se puede afirmar que son iguales, pero sí muy parecidos. Y aunque no se puede negar que las instituciones financieras tendrán que realizar cambios para aplicar este modelo

³⁵⁴ Lo cual quedó patente con el apoyo del G5 a la implementación de FATCA.

³⁵⁵ En aspectos como el beneficiario efectivo, definición (ampliación) del concepto de pago de intereses y clarificación del agente pagador, esto es, la Directiva 2014/48/UE pretende mejorar el alcance y definiciones de la original Directiva del Ahorro.

mejorado el resultado final de «estandarización» parece, a priori, razonable en términos generales dada la dificultad intrínseca a todo este proceso.

4. ESTADO DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN INTERNACIONAL TRAS LA CONCRECIÓN DE FATCA

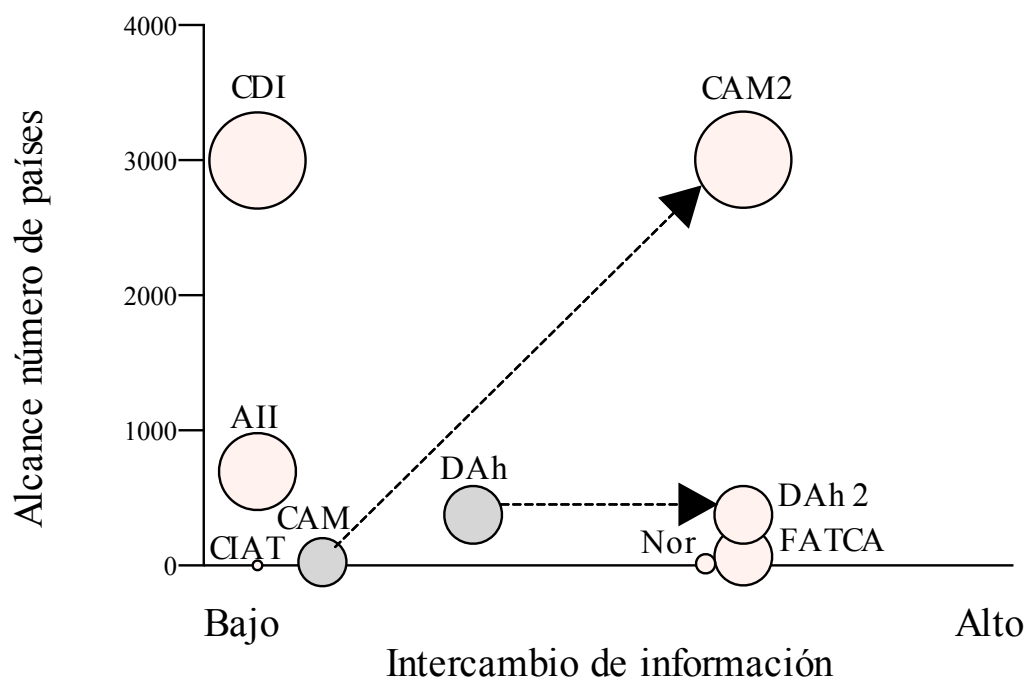
4.1. COMPARATIVA DEL ESTADO DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

Una vez revisados los cambios producidos en los tres actores principales y considerando la implementación previsible de las políticas e instrumentos, traeremos aquí de nuevo el diagrama sobre el estado del intercambio de información que ya utilizamos en el capítulo III. A estos efectos, en la Figura 17 observamos cómo las herramientas de intercambio de la información de la UE y la OCDE progresan hacia situaciones en las que el intercambio de información se produce entre un mayor número de países (en el caso de la OCDE) o hacia un incremento de la calidad y cantidad de información fiscal intercambiada. También se incorpora FATCA como un nuevo instrumento de intercambio de información, con altos niveles de intercambio de información fiscal, pero con alcance limitado en número de países al tratarse de soluciones negociadas individualmente.

Ciertamente, para valorar el intercambio de información de la OCDE a través de las soluciones que propone la CAM, se considera como elemento fundamental la multilateralidad. Así, considerando 78 países participantes en la CAM, esto nos daría más de 3.000 instrumentos de intercambio de información bilaterales. Si comparamos esta cifra con las soluciones bilaterales tradicionales, esto es la red de CDI y AII, los primeros supondrían unos 3.000 instrumentos, mientras que los AII alcanza someramente los 700 instrumentos. Adicionalmente, hay que tener en cuenta el largo proceso que ha sido preciso para alcanzar esa red y las limitaciones de un intercambio de información bajo requerimiento y negociado individualmente sobre un modelo por cada uno de estos instrumentos.

En relación con la Directiva del Ahorro, el incremento de los productos financieros sometidos a intercambio, siguiendo los estándares de FATCA hacen situarse en una mejor posición en la calidad del intercambio de información. La CAM también mejora en este apartado (también por el efecto derivado de FATCA).

Figura 17: Diagrama intercambio automático y alcance 2016



Fuente: Elaboración propia

En conclusión, cualquier solución multilateral supondrá una multiplicación de los instrumentos de intercambio de información, lo que desembocará en mayores opciones de mitigar la ocultación. Por ejemplo, tomando un instrumento multilateral como la Directiva del Ahorro sobre los 28 Estados miembro supondría en una única negociación alcanzar un total de 378 instrumentos de intercambio de información, todos equivalentes, mientras que una solución unilateral como FATCA ha precisado de múltiples negociaciones para alcanzar 71 instrumentos de intercambio, con considerables diferencias entre ellos.

En conclusión, las soluciones multilaterales suponen multiplicar los instrumentos de lucha contra la evasión y la ocultación fiscal.

4.2. ESTADO DEL OTRO INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN: *LEAKS* Y *WISHTLEBLOWERS*

Se ha destacado a lo largo de esta tesis la importancia que ha supuesto en todo el proceso de cambio la actividad de otros agentes del sistema así como de ciertos

individuos al haber desvelado información fiscal que ha servido de catapulta de la actividad y cooperación internacional antievasiva.

Dos elementos diferentes hemos puesto de manifiesto en esta tesis. Por un lado el papel desempeñado por los *whistleblowers* o chivatos, vinculados a entidades financieras relacionadas con el negocio *offshore* y que revelaron información de contribuyentes y operativas de evasión fiscal a algunas administraciones tributarias.³⁵⁶ Por otro lado hemos destacado la labor del periodismo de investigación y la revelación pública de información sobre el mundo *offshore* y de bases de datos de contribuyentes y entidades que allí operan y que se ha hecho accesible a todos los ciudadanos que dispongan de una conexión a internet, sirviendo igualmente a los especialistas y las administraciones tributarias para conocer mejor los hechos del negocio *offshore*.

Si bien la primera, el efecto de los *whistleblowers*, ha tenido un gran impacto en el nacimiento de FATCA y en la determinación de los EE.UU. para su puesta en marcha,³⁵⁷ sin embargo esta actividad de denuncia no se puede enmarcar dentro de una acción organizada cuya causa radique en la intención de cambiar las políticas globales de lucha contra la evasión fiscal, sino más bien en la voluntad individual de ciertos personajes cuya motivación ha sido el dinero o la venganza.

La otra información de relevancia en el proceso de cambio que queremos destacar aquí es el de las organizaciones no gubernamentales y la del periodismo de investigación que han servido realmente a la causa del cambio de políticas globales.

Hemos destacado la importancia de ciertas organizaciones no gubernamentales, principalmente TJN,³⁵⁸ y su labor de información a través de investigaciones, datos y publicaciones de gran interés no solo para la mayoría de los ciudadanos, profanos en la materia, sino también para los expertos, profesionales e investigadores que se valen de la información de calidad que en su plataforma web se puede encontrar. Este tipo

³⁵⁶ Heinrich Kieber en LGT o Bard Binkelfeld en UBS, pero también la lista Falciani de HSBC.

³⁵⁷ Y tampoco se le puede negar cierto efecto sobre los gobiernos, la ciudadanía y las ONG, pero hay que tener en cuenta que el efecto sobre estas últimas se ha producido como consecuencia de la acción periodística que se encargó de informar a aquellos y estas.

³⁵⁸ Pero también ATTAC y todas sus plataformas asociadas: Actionaid, Association for Accountancy and Business Affairs (AABA), Bretton Woods Project, Christian Aid, Eurodad, Financial Transparency Coalition (FTC), Finance Watch, Global Witness, Oxfam, Make Finance Work o La Europa Opaca de las Finanzas en clave nacional.

de información, resultado del trabajo de expertos, es de gran interés y su efecto se puede medir en la expansión de las citas de sus publicaciones en los trabajos de investigación de los académicos.

El otro tipo de información, más de corte periodístico, es el ofrecido, principalmente, por ICIJ, consorcio de periodistas de investigación que realizan una labor de denuncia y revelación de información (que, como ellos dicen, alguien quiere mantener secreta), siendo uno de sus objetivos forzar cambios (de pensamiento, de tendencias y en definitiva, de políticas).

ICIJ es una organización no lucrativa fundada por periodistas cuyo fin fundacional gira en torno a la concreción y desarrollo de periodismo de calidad. Emparentada con *Center for Public Integrity* (CPI), que fue fundada en 1989, ICIJ nació en 1997 contando en la actualidad con un grupo de más de 190 periodistas en 65 países.

En los últimos años ICIJ ha mostrado gran interés en el periodismo de investigación sobre la evasión fiscal *offshore*³⁵⁹ lanzando en fechas muy recientes el último de sus proyectos, denominado *The Panama Papers: Exposing the Rogue Offshore Finance Industry* (<https://panamapapers.icij.org>) que desvela más de 11,5 millones de documentos financieros y legales que implican a líderes y altos cargos políticos, cárteles de droga, terrorismo organizado e incluso gobiernos. La filtración cubre 40 años de todo tipo de prácticas que muestran como fluye el dinero opaco en el mundo financiero global que escapa de los ingresos fiscales de las administraciones tributarias. Los documentos muestran cómo los grandes bancos son los que están detrás de la creación de sociedades opacas en Islas Vírgenes Británicas, Panamá y otros paraísos fiscales. UBS y HSBC se encuentran entre los principales grandes bancos que realizan estas actividades. Los documentos filtrados provienen de una

³⁵⁹ En 2013 puso en marcha su proyecto *Secrecy for Sale: Inside the Global Offshore Money Maze* (<https://www.icij.org/offshore>) que contiene una serie de investigaciones sobre paraísos fiscales sobre una filtración de más de 2,5 millones de archivos secretos. A finales de 2014, *Luxembourg Leaks: Global Companies' Secrets Exposed* o *LuxLeaks* (<https://www.icij.org/project/luxembourg-leaks>) una investigación de 340 compañías que canalizan cientos de miles de millones de dólares a través de Luxemburgo eludiendo miles de millones en impuestos gracias a los *tax rulings*. A principios de 2015 lanzan *Swiss Leaks: Murky Case Sheltered by Bank Secrecy* (<https://www.icij.org/project/swiss-leaks>) investigación detallada de como HSBC ofrecía servicios a clientes conectados con el tráfico de armas, los diamantes de sangre y la corrupción.

única firma de abogados de Panamá, Mossack Fonseca, una de las principales en la creación de estructuras *offshore*, y ofrece información de 214.488 de entidades *offshore* conectadas con individuos de más de 200 países y territorios. ICIJ difundió la lista completa de compañías e individuos vinculados a principios de mayo de 2016.

Se puede considerar que esta actividad informativa (periodismo de investigación) pretende lograr tres objetivos: (i) publicidad, atrayendo la atención de la ciudadanía y las instituciones a los escándalos sistemáticos (en este caso de evasión fiscal) que han pasado desapercibidos o se han escondido; (ii) responsabilidad o rendición de cuentas, demandando a aquellos que están en posiciones de poder respuestas, que pueden ser bien deliberativas (debate público) o sustantivas (reformas, leyes, sanciones, juicios); y (iii) por último solidaridad ayudando a la audiencia a crear un vínculo empático (Konieczna & Powers, 2016). El tipo de impacto que la organización busca³⁶⁰ se produce mediante (i) las referencias por otras organizaciones; (ii) la deliberación; (iii) el cambio de opinión pública; y finalmente (iv) los cambios sustantivos.

Las referencias a la información desvelada por ICIJ son constantes en otros medios de información y sobre todo en redes sociales. La expansión de sus informaciones, nombres y en general datos de evasión fiscal es enorme, siendo este uno de los efectos que tanto los periodistas como los fundadores de ICIJ buscan en su proyecto de trabajo. Cualquiera de los proyectos de ICIJ (*LuxLeaks*, *SwissLeaks* o *Panama Papers*) han sido cabecera de las principales publicaciones (*New York Times*, *Bloomberg*, *Financial Times* o *60 Minutes*) llevando la información sobre evasión fiscal internacional a primer plano. Adicionalmente a las publicaciones clásicas, todos los proyectos de ICIJ han sido propagados a través de redes sociales.

Esta propagación conlleva un proceso reflexivo que se instala en la ciudadanía. La conversación (pública y privada) sobre la información publicada por ICIJ ocurre desde el mismo momento de su publicación: los canales de televisión incorporan discusiones sobre la información publicada, los expertos dan su opinión y crean conversaciones y reflexiones en torno al fenómeno que llega a la ciudadanía que habla acerca de la evasión fiscal internacional y aprehende su existencia como un problema público que debe ser resuelto. Sin duda el impacto es notable, lo cual cambia la percepción pública sobre la evasión fiscal internacional y los paraísos

³⁶⁰ Según los comentarios de los propios periodistas de ICIJ cuando hablan sobre su trabajo.

fiscales. En opinión de Hamish Boland-Rudder, editor de ICIJ, existe un gran interés sobre las historias y dondequiera que haya un gran interés habrá una gran discusión y las grandes discusiones a menudo llevan a resultados positivos o al menos sirven para que el público esté mejor informado.

En consecuencia, el trabajo de investigación de ICIJ y su intercambio de esa “otra” información fiscal respalda el cambio operado en la lucha contra la evasión fiscal *offshore* y produce (aunque no sea uno de sus objetivos, que se definen como periodistas y no como activistas) cambios sustantivos en forma de cambios normativos, investigaciones criminales o dimisiones de cargos políticos.

El interés de ICIJ en el mundo *offshore* no es casual. Se volcó en el problema de la evasión fiscal internacional a partir de 2013,³⁶¹ y desde entonces anualmente ha revelado alguno de los aspectos trascendentes de la evasión fiscal *offshore*: en 2013, año de su primer informe, lanzó el proyecto *Secrecy for Sale: Inside the Global Offshore Money Maze*, en el que aporta una visión global del fenómeno. Específicamente se vincula en el libro digital del informe la revelación de información a través del trabajo periodístico con las reacciones de algunos actores que ya hemos analizado en este trabajo: “Las investigaciones de ICIJ han prendido la reacción global. Desde el lanzamiento inicial de información por parte de ICIJ y sus socios en los medios en todo el mundo, cargos públicos han hecho declaraciones, los gobiernos han lanzado investigaciones y los políticos y periodistas han estado debatiendo sobre las implicaciones de los informes”. Nadie podría negar que esas reacciones se han producido, pero ICIJ va más allá considerando que su trabajo es la causa, entre otras, del compromiso del G5 de iniciar el intercambio de información bancaria e información fiscal o de las declaraciones del Comisario Algirdas Šemeta haciendo una llamada al intercambio automático de información (ICIJ, 2013). No podemos concluir que las decisiones de fortalecer el intercambio de información y las políticas globales de lucha contra la evasión fiscal sean consecuencia del trabajo de investigación periodística de ICIJ, pero no tenemos miedo de afirmar que el trabajo de ICIJ, así como el de las otras organizaciones no gubernamentales, es un elemento más,

³⁶¹ Aunque sus investigaciones comienzan unos años atrás, coincidiendo con los escándalos fiscales de UBS y LGT, la decisión de los EE.UU. de iniciar FATCA y la declaración del G20 de acabar con el secreto bancario.

causa y consecuencia a la vez, del cambio de políticas globales que en este trabajo estamos evaluando.

5. ANÁLISIS DE LA ADAPTACIÓN DE NORMAS DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN INTERNACIONAL

FATCA es una ley compleja, con elevadas exigencias administrativas y técnicas y complicaciones legales que eventualmente dificultan su cumplimiento. Efectivamente, las entidades financieras deben cumplir con el suministro de información fiscal de clientes estadounidenses al IRS (directa o indirectamente), para lo cual deben adaptar sus sistemas a los requerimientos de esta administración tributaria. Además, las entidades financieras deben analizar su normativa bancaria doméstica en materia de secreto bancario, revelación de información, protección de datos y protección al consumidor para tener claro que no violan ninguna norma y prevenir así posibles riesgos. Todo esto puede animar a algunas entidades financieras a evitar FATCA no aceptando clientes o productos financieros americanos.

Debido a los problemas derivados, como ya hemos comentado más arriba, los EE.UU. y el IRS están implementando FATCA mediante la firma de acuerdos intergubernamentales. A través de estos acuerdos, los gobiernos y sus administraciones tributarias serán los que establezcan las normas para definir el procedimiento, alcance y requerimientos del intercambio de información, que además se puede convertir en recíproco.

Aunque la naturaleza legal de los acuerdos intergubernamentales ha generado conflicto, incluso dentro de EE.UU. (Christians, 2013a) (Morse, 2013),³⁶² al menos sí queda claro que en la práctica estos acuerdos desarrollan las cláusulas de intercambio de información de los CDI y AII.³⁶³ Esta norma internacional puede ser impulsada a

³⁶² Christians argumenta que los acuerdos intergubernamentales podrían no ser ley adecuada en los EE.UU. porque podría poner en peligro el importante y complejo proyecto de cumplimiento fiscal global con un procedimiento legal dudoso. Por el contrario, Morse contradice la teoría de la profesora Christian cuando considera que los acuerdos intergubernamentales no necesitan calificación como acuerdos intergubernamentales ejecutables aunque deban encajar en esa descripción. Necesitan únicamente constituir ley doméstica con fuerza suficiente para vincular al gobierno de los EE.UU.

³⁶³ Como, por ejemplo, el Modelo 1 firmado entre España y EE.UU. que establece en uno de sus considerandos: Considerando que las Partes desean concluir un acuerdo para mejorar el cumplimiento fiscal internacional y permitir la implementación de la FATCA sobre la base de la comunicación de información a las autoridades nacionales y el intercambio automático recíproco conforme al Convenio y con sujeción a las medidas sobre confidencialidad y otras salvaguardias previstas en el mismo, incluidas las disposiciones que limitan el uso de la información intercambiada en virtud del Convenio.

través de un CDI o AII preexistente o directamente implementado por los gobiernos, pero nadie discute la aplicación inmediata de los acuerdos firmados.³⁶⁴

El acuerdo intergubernamental con sus dos Modelos ha sido la solución para la implementación internacional de FATCA. Al principio el gobierno estadounidense no contempló la implementación de FATCA de esta forma. De hecho, los acuerdos intergubernamentales fueron puestos en marcha el 26 de julio de 2012, dos años después de que la ley fuera publicada. Los acuerdos fueron el resultado de una reunión de cooperación entre los EE.UU. por un lado y el Reino Unido, Francia, Italia, Alemania y España por el otro. La reunión concluyó con una declaración conjunta relativa al “Enfoque internacional para mejorar el cumplimiento e implantación internacional de FATCA”. Un buen ejemplo de cómo la cooperación internacional apoyó a los EE.UU. para que FATCA se ejecutara e implementara.

En conclusión, a efectos de implementar FATCA, los países firmantes de un acuerdo intergubernamental, en la mayoría de los casos, deben adaptar su normativa interna mediante la aprobación de leyes que permitan adoptar los acuerdos de implementación de FATCA.

Diferentes son los casos de adaptación de regulaciones de intercambio de información provenientes de la OCDE o de la UE.

Con respecto a las medidas de la OCDE, al ser de tipo *soft law* o recomendaciones la trasposición o participación de los países en las medidas de intercambio de información puede ser más laxa, sin tener necesariamente que afectar a las normativas internas. No obstante, la firma de acuerdos o protocolos específicos con otros países (aun en el ámbito de la OCDE) conllevará la obligatoriedad propia de los acuerdos internacionales.

Por último, España como Estado miembro de la UE incorpora su normativa conforme a las definiciones del derecho comunitario.

Si analizamos el intercambio de información tributaria desde una perspectiva jurídica, podemos dividir el enfoque en dos ámbitos: interno e internacional. Esto es, ¿qué considera, por ejemplo, la normativa española sobre las implicaciones jurídicas de intercambiar información fiscal, entre administraciones o sector privado-

³⁶⁴ En opinión de Palan y Wigan (2014), el efecto de la propagación de FATCA (a través de acuerdos intergubernamentales) puede considerarse una especie de multilateralismo por la puerta de atrás.

administración? ¿cómo queda esto regulado? ¿cuáles son las prerrogativas? ¿y los derechos y obligaciones de las partes implicadas?

Una vez definido el régimen interno para el intercambio de información, entonces podemos saltar al régimen internacional. ¿Cómo esa información fiscal puede ser entregada a una organización fuera del ámbito de nuestra propia soberanía? ¿Existe una protección mínima por parte del Estado español de derechos de los contribuyentes cuya información va a ser compartida? ¿En base a qué norma interna o internacional se realiza tal intercambio?

Y a partir de ahí, en el régimen internacional se multiplican las alternativas, ya que cada país tendrá su propia normativa interna de protección de los derechos de los contribuyentes determinando qué datos sensibles, como sin duda son los fiscales, pueden ser objeto de intercambio y sus propios mecanismos para que dicho intercambio de información pueda ser realizado. Además, cada uno de estos países deberá tener firmados acuerdos con otros países (posiblemente con normativas completamente diferentes en la protección de derechos y en los mecanismos de intercambio) para poder llevar a cabo intercambios internacionales.

Por todo lo expuesto, este apartado de la tesis se debe realizar sistemáticamente, comenzando por un análisis interno del intercambio de información, un análisis del intercambio internacional desde la perspectiva española para pasar a continuación a un análisis comparado entre España y algunos terceros países del entorno y por último un análisis del marco global. Podríamos considerarlo así: 1. España y el intercambio de información; 2. España y el intercambio internacional de información; 3. Análisis comparado del intercambio de información entre España y terceros países del entorno y 4. Análisis del marco jurídico global del intercambio de información.

5.1. ESPAÑA Y EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

Sin duda el compromiso de España con el intercambio de información es decidido (Martín Dégano et al., 2014).³⁶⁵ El número de CDI y AII suscritos, más la pertenencia a la CAM y al Foro Global, así como el hecho de formar parte de la primera línea de

³⁶⁵ Nuevo intercambio de información tributaria versus medidas tributarias de efecto equivalente Informe Nacional español para el Congreso de la *European Association of Tax Law Professors*, (EATLP) Istanbul 2014 Luis Alfonso Martínez Giner, Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario (Universidad de Alicante) Saturnina Moreno González, Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario (Universidad de Castilla-La Mancha) Patricia Lampreave Márquez, Profesora acreditada Titular de Derecho Financiero y Tributario CUNEF (2014)

apoyo a FATCA atestiguan que España no es solo un socio colaborador en materia de intercambio de información fiscal, sino también que toma parte activa de las políticas internacionales en la materia.

En opinión de Merino Espinosa y Nocete Correa (2011) “la política española en materia de intercambio de información tributaria resulta mediatizada por su pertenencia a la OCDE y a la UE, así como por la consecuente utilización de los instrumentos normativos adoptados en el seno de cada una de estas organizaciones internacionales”. Por tanto, es de esperar que encontremos en nuestra normativa interna una adaptación a las exigencias internacionales de intercambio de información, que conformen a la vez un sistema de intercambio de información interno pleno de garantías.

En este sentido, dicha adaptación y compromiso ha sido confirmada por el Foro Global, que en el Informe de Revisión entre Pares emitido en octubre de 2011 consideraba que España tiene un marco regulatorio adecuado.

¿Pero cuáles son las bases de ese marco regulatorio adecuado? Aquí tenemos que dirigirnos a la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) y sus disposiciones sobre intercambio de información.

El artículo 95 de la LGT establece el carácter reservado de los datos con trascendencia tributaria: “Los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria en el desempeño de sus funciones tienen carácter reservado y sólo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada y para la imposición de las sanciones que procedan, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros...”

Sin embargo esta inicial protección de la información tributaria es seguida de una cláusula de excepción amplia que permite que la Administración pueda intercambiar información para el cumplimiento de múltiples actuaciones: ministerio fiscal, administraciones tributarias autonómicas y municipales, seguridad social, comisiones parlamentarias, etc.

Lo anterior habilita a la Administración tributaria a entregar información fiscal de los contribuyentes a prácticamente todas las administraciones dentro del ámbito nacional.

En materia internacional, ya el propio artículo 95 se remite al artículo 177 ter de la LGT para las transferencias de información en el ámbito de la asistencia mutua.

5.2. ESPAÑA Y EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN INTERNACIONAL

Así, es el artículo 177 ter, introducido por el Real Decreto Ley 20/2011 de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público el que regulará el intercambio de información internacional establece que: “La Administración tributaria podrá facilitar a otros Estados o a entidades internacionales o supranacionales los datos, informes o antecedentes obtenidos en el desempeño de sus funciones, siempre que la cesión tenga por objeto la aplicación de tributos de titularidad de otros Estados o de entidades internacionales o supranacionales, en los términos y con los límites establecidos en la normativa sobre asistencia mutua, sin perjuicio de que el Estado o entidad receptora de la información pueda utilizarla para otros fines cuando así se establezca en dicha normativa.”

Bajo el amparo de este artículo 177 ter y de su desarrollo reglamentario³⁶⁶ se regula el intercambio internacional de información tributaria. La fórmula es lo suficientemente abierta como para evitar cualquier tipo de limitación a las políticas internacionales de intercambio de información que se vienen poniendo en práctica, llámense CAM, Foro Global o FATCA.

España demuestra de este modo su total compromiso en la cooperación internacional y pone la información tributaria de cualquiera de sus contribuyentes (ya sean nacionales o extranjeros, pymes locales o multinacionales) al servicio del intercambio de información internacional.

5.3. ANÁLISIS COMPARADO DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN ENTRE ESPAÑA Y OTROS PAÍSES DEL ENTORNO

Otras normativas tributarias de países de nuestro entorno tienen habilitaciones similares a la establecida por el artículo 177 ter dirigidas, como esta, a facilitar los procesos de intercambio de información tributaria a nivel internacional.

Así por ejemplo, el artículo 117 del Código Fiscal alemán, establece todos los parámetros para la asistencia administrativa internacional. Dicho artículo 117 está completado por tres secciones, siendo la 117a la que regula la transmisión de datos

³⁶⁶ Artículo 201 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos.

personales de carácter fiscal a otros Estados de la Unión Europea; la 117b habilita el intercambio de información para la decisión marco del Consejo 2006/960/JAI y por último el nuevo artículo 117c para cubrir el intercambio de información fiscal.

El artículo 117c, denominado aplicación de los acuerdos internacionales aplicables a nivel nacional para mejorar el cumplimiento fiscal internacional está traída al Código Fiscal alemán para dar cabida a FATCA.

Por medio de este artículo se habilita al Ministro de Finanzas a realizar las operaciones necesarias para que utilizando ciertos organismos administrativos proceda a dar cumplimiento a los acuerdos internacionales de intercambio de información que haya suscrito Alemania. De nuevo estamos ante una habilitación amplia (aunque pensada para FATCA, podría ser aplicada a cualquier tercer país con el que Alemania firmara un acuerdo de intercambio de información) y relativamente nueva que responde a las necesidades derivadas del cambio internacional que se ha producido en esta materia.

Italia es otro ejemplo de cumplimiento en materia de intercambio de información internacional. Al igual que España y el resto de países del entorno ha demostrado un compromiso claro por el intercambio de información internacional. Es miembro de la CAM y del Foro Global y ha adaptado su normativa para poder cumplir con todos los requisitos del intercambio de información, siendo el *Dipartimento delle Finanze* (una dirección dependiente del ministro de Economía y Finanzas) el encargado de cumplir con la tarea de intercambiar información, así como de negociar acuerdos y de representar a Italia en los organizaciones correspondientes.

El envío de información personal (como sería la información fiscal) a terceros países diferentes de la Unión Europea, está habilitado por el artículo 43 del Decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, “*Codice in materia di protezione dei dati personale*”. Adicionalmente, la Cámara de Diputados aprobaba el 28 de julio de 2014 un acuerdo específico para habilitar el intercambio de información derivado del acuerdo con los EE.UU.³⁶⁷

Pero no solo los países considerados “cumplidores”, sino incluso soberanías fiscales consideradas no participativas, como Suiza, con el secreto bancario como aspecto

³⁶⁷

http://www.camera.it/_dati/leg17/lavori/schedela/apriTelecomando_wai.asp?codice=17PDL0024230

irrenunciable de su naturaleza legislativa, que ha cedido ante la nueva política internacional y en octubre de 2014 el Consejo Federal ha decidido introducir los nuevos estándares de intercambio de información.³⁶⁸ Tal decisión incluye la negociación con la UE para incluirse en los procesos de intercambio de información fiscal, actualizar el acuerdo intergubernamental con los EE.UU. para dar un cumplimiento de FATCA a nivel de administraciones tributarias e incluir el alimento de información sobre un principio de reciprocidad. Igualmente abre la puerta a negociaciones sobre intercambio automático con terceros países y se une al Foro Global.

Ciertamente interesante es el caso de Argentina, no participante en FATCA a través de acuerdo intergubernamental pero miembro del Foro Global y país firmante de la enmendada CAM. El Banco Central de Argentina aprobó en mayo de 2014 la Comunicación “A” 5581 con la finalidad de que las instituciones financieras arbitren las medidas necesarias para identificar los titulares de cuentas alcanzados por los estándares OCDE y aquellos relativos a FATCA.

Lo anterior demuestra como no solo los países que ya tenían unos sistemas “cooperadores” han adaptado su normativa para dar mejor cumplimiento a los nuevos estándares de intercambio de información, sino como territorios que hasta hace poco eran considerados paraísos fiscales, centros *offshore* o jurisdicciones opacas están tomando la política fiscal internacional relacionada con el intercambio de información como un deber necesario para el desarrollo de sus relaciones internacionales.

5.4. ANÁLISIS DEL MARCO JURÍDICO GLOBAL DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

Pero todos los cambios normativos y decisiones políticas llevadas a cabo internamente por los países orientadas a proporcionar los mecanismos de intercambio de información internacional quedan plasmados en un marco jurídico o conjunto de reglas, foros, políticas y normas internacionales que dan sentido global al intercambio de información.

De este conjunto de medidas, algunas han venido por decisiones unilaterales llevadas a cabo por un país, como es el caso de FATCA y los EE.UU., otras por

³⁶⁸ <https://www.sif.admin.ch/sif/en/home/themen/internationale-steuerpolitik/automatischer-informationsaustausch.html>

organizaciones intergubernamentales y supranacionales como sería la UE y sus Directivas relacionadas con el intercambio de información como la del ahorro o la de asistencia mutua y otras veces por organizaciones internacionales, generadores de estándares, *soft law* y recomendaciones, creadores de marcos de discusión y cooperación como lo es principalmente la OCDE.

Pero todo lo anterior, ¿qué implica?

Las implicaciones derivadas de FATCA, por ejemplo, son claras en cuanto es una norma interna estadounidense que en principio obliga a ciudadanos americanos y entidades financieras. Esta primera aproximación no tendría por qué implicar a otras soberanías fiscales. Eran las entidades financieras, entidades privadas, las que quedaban sometidas al cumplimiento de entrega de la información fiscal a cambio de continuar gozando del “privilegio” de no soportar retención (del 30%) sobre sus rendimientos financieros logrados en los EE.UU., lo que puede configurarse como un cumplimiento individual voluntario.

No obstante, esta norma nacional se convirtió en internacional desde el momento en que gran parte de las entidades financieras del mundo quedaban sometidas a FATCA (o se obligaban a perder las relaciones con todo cliente relacionado con los EE.UU.). Además, al involucrarse gobiernos de otros países en la implementación de FATCA, por considerar esta operativa un mecanismo válido para avivar el dificultoso intercambio de información internacional (bajo requerimiento), convirtieron la norma unilateral estadounidense en norma extraterritorial.

Lo anterior derivó en una cooperación entre gobiernos, entidades financieras, administraciones tributarias que concluyeron en la creación de un marco legal internacional con la aparición de los acuerdos intergubernamentales, imbuidos de alguna forma de aspectos multilaterales, bilaterales y unilaterales: multilaterales porque la definición del acuerdo intergubernamental nace de trabajo multilateral; bilaterales porque los acuerdos intergubernamentales son firmados por dos países; y unilateral porque la norma que se trata de implementar a través de los acuerdos intergubernamentales es netamente unilateral.

Aquí queda plasmada la estrategia de doble dirección de FATCA, dirigida por una parte hacia las entidades financieras y por otra hacia los gobiernos y administraciones tributarias.

Desde el momento en que los EE.UU. comienzan a suscribir acuerdos intergubernamentales para el cumplimiento de FATCA, la norma nacional se convierte en internacional. Una nueva normativa internacional reguladora del intercambio de información que se unía a los ya existentes, que eran los CDI y AII principalmente. En puridad, los acuerdos intergubernamentales firmados por los EE.UU. no dejan de ser un desarrollo de aquellos CDI y AII ya suscritos, pero no cabe duda de que tales desarrollos se han llevado a cabo por una causa especial como lo es FATCA, y que al final del día dichos acuerdos intergubernamentales responden a una demanda particular y generan una nueva realidad en las relaciones internacionales y en el marco jurídico global del intercambio de información.

Si bien FATCA y los acuerdos intergubernamentales son nuevos, las políticas europeas de intercambio de información fiscal vienen de lejos.

No existen en Europa decisiones unilaterales de los países a la hora de imponer estándares, sino que las decisiones deben ser consensuadas y debidamente aprobadas siguiendo escrupulosamente la burocracia comunitaria.

Si FATCA y su desarrollo a través de los acuerdos intergubernamentales pudo ser llevada a cabo de manera casi espontánea, los procesos de la UE son meditados, discutidos, desarrollados y aprobados siguiendo un protocolo que a veces puede resultar tedioso. A diferencia de otras medidas más espontáneas (como FATCA) o menos comprometedoras (como las que pueden emanar de OCDE), las normas emanadas de la UE son de obligado cumplimiento para los países miembros.

La supremacía del derecho comunitario conlleva el cumplimiento de las políticas y la generación de un auténtico marco jurídico, pero el efecto es limitado a los países del entorno europeo y los procesos lentos, lo cual condiciona el alcance de un marco jurídico internacional.

Por último las políticas emanadas de la OCDE pueden calificarse como recomendaciones o *soft law*, sin que efectivamente tengan una obligatoriedad que pueda marcar la creación de un marco jurídico internacional de obligado cumplimiento.

A pesar de ello, ya hemos puesto de manifiesto el valor intrínseco del *soft law* y podemos afirmar que en materia de intercambio de información la OCDE, a través de proyectos más omnicomprendivos y proactivos en el ámbito de la cooperación

internacional, está creando un nuevo marco con potencialidades de cambio del sistema. Resulta en este sentido interesante comprobar como los mecanismos utilizados a tal efecto, como la CAM y el Foro Global, han registrado una auténtica globalización a raíz del impacto de la norma FATCA.

Se puede concluir de lo anterior, que la conjunción de diversas políticas internacionales en materia de intercambio de información fueron las creadoras de un pseudomarco jurídico internacional, basado en la cooperación a través de convenciones y foros pero sustentado en acuerdos bilaterales de obligado cumplimiento por las partes.

Si bien, a raíz de lo anterior, de la explosión definitiva de la CAM y del Foro Global,³⁶⁹ el intercambio de información fiscal internacional se ha convertido en un estándar aceptado por la mayoría de los países. El marco global definitivo puede venir de la mano de acuerdos multilaterales de intercambio de información que serían la evolución lógica de FATCA.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Los EE.UU. y su estrategia de doble dirección

Los EE.UU. abordaron la implementación de FATCA a través de una estrategia de doble dirección: una hacia las entidades financieras, por regla general, operadores privados de mercado y la segunda hacia los gobiernos y administraciones tributarias.

El elemento punitivo del incumplimiento de FATCA no podía ser impuesto a otras jurisdicciones o administraciones foráneas, por lo que encontraron en las entidades financieras, y gracias a los intereses económicos de estas en los mercados financieros de los EE.UU. el incentivo para que una exigencia de suministro de información extraterritorial pudiera ser llevada a cabo.

La negociación con otros gobiernos fue un efecto derivado, no siendo una previsión original de los EE.UU. Los países desarrollados no solo vieron en FATCA un instrumento útil para poder acceder ellos también a la información fiscal de sus contribuyentes, sino que percibieron la obligación de tener que ayudar a sus entidades

³⁶⁹ A día de hoy 92 países en la Convención (apenas 20 países antes de FATCA) y más de 300 delegados de 101 jurisdicciones y 14 organizaciones internacionales se reunieron en Berlín en octubre de 2014 como consecuencia de la celebración del Foro Global sobre transparencia de la OCDE. Los miembros del Foro alcanzaron los 123.

financieras con las exigencias administrativas derivadas de FATCA. A partir del momento en que el G5 se compromete a patrocinar FATCA y en consecuencia se confecciona el acuerdo intergubernamental de colaboración con los EE.UU. y desarrollo del intercambio de información automático, FATCA se convierte en posible y los EE.UU. inician las negociaciones con los gobiernos y administraciones tributarias que permite la implementación hasta el nivel óptimo actual.

La negociación bilateral de FATCA con los gobiernos apoyada en los instrumentos bilaterales consolidados

En consecuencia, FATCA, norma unilateral, se impone extraterritorialmente mediante negociaciones bilaterales amparadas en instrumentos bilaterales ya existentes. Los EE.UU. se valen de su red de convenios y acuerdos de intercambio de información para reglamentar la exigencia de intercambio de información sobre las entidades financieras de otras jurisdicciones.

Vínculo FATCA – OCDE (CAA, CRS): imitación y superación

La OCDE ha aprovechado cada una de las maniobras anteriores para imitar y tratar de superar con éxito a FATCA. Imitando a los EE.UU., la OCDE utiliza una estrategia de doble dirección para desarrollar sus instrumentos: el objetivo original es obtener información fiscal de las entidades financieras, por lo que originariamente serán estas las encargadas de cumplir con la recopilación y suministro. El hecho de que las entidades financieras, por obra de FATCA, ya hayan puesto en funcionamiento su operativa de suministro de información facilitará la implementación de CRS.

Además, en el caso de la OCDE la estrategia de doble dirección queda bastante definida, ya que cada uno de los instrumentos diseñados CAA y CRS están direccionados hacia gobiernos y administraciones tributarias por un lado, y entidades financieras por el otro.

No obstante, el proyecto de la OCDE debe superar FATCA por la fortaleza que un instrumento multilateral debe tener frente a la debilidad de un instrumento unilateral así como por la legitimidad de un instrumento desarrollado sobre negociaciones inclusivas frente a la dudosa validez de una imposición regulatoria.

Nuevo estado del intercambio de información: el efecto FATCA

Constatamos la reacción de la OCDE y la UE a raíz de FATCA en la toma de decisiones que refuerzan el intercambio de información automático, la lucha contra el secreto bancario y la transparencia.

La OCDE diseña un marco de aplicación del intercambio de información articulado sobre un marco jurídico y unas soluciones técnicas derivadas de FATCA para implementar un sistema de intercambio de información automático multilateral.

La UE reforma las Directivas del Ahorro y de Asistencia Mutua, incluyendo en ambas enmiendas principios y procedimientos propios de FATCA.

Soft Law como herramienta de alcance

La OCDE carece de instrumentos coercitivos para hacer cumplir sus recomendaciones. No lo tenía para perseguir su mandato original de crecimiento, empleo y nivel de vida de sus países miembros ni lo tiene ahora que se ha convertido posiblemente en el mejor ejemplo de red de regulación internacional dentro de una institución internacional establecida. Su función primaria, al menos en décadas recientes, consiste en convocar a oficiales de los gobiernos encargados de áreas específicas y hacer recomendaciones o promulgar un código o modelo para su solución. La efectividad de sus políticas descansa sobre su capacidad de promover la transferencia de políticas y la conformidad con las normas de la OCDE a través de la revisión entre pares y otras estrategias basadas en la reputación, que a su vez descansa en la experiencia técnica, la estructura transgubernamental y las vinculaciones con Estados miembros y no miembros. En definitiva las capacidades de la OCDE se encuentran dentro de los límites del *soft law* y las recomendaciones.

Los excesos sobre los límites del *soft law* que se produjeron como consecuencia de la campaña de competencia fiscal dañina con agresivos actos de coerción en forma de presión internacional y medidas defensivas resultaron en una transformación hacia su naturaleza de red de regulación internacional buscando un carácter más global e igualitario al hacer partícipes de sus procesos de creación de políticas e instrumentos a un mayor número de países.

Ya hemos reivindicado el valor intrínseco del *soft law* que consideramos la herramienta ideal para las políticas globales de largo alcance.

Relevancia de la acción de otros agentes: ONG y periodismo de investigación

Hemos destacado como actores principales del sistema fiscal internacional a los EE.UU., la OCDE y la UE, esto es, los EE.UU. y Europa, junto con el resto de países desarrollados. Esta clasificación de actores funciona para explicar el fenómeno de cambio de las políticas globales, pero ofrece una visión limitada de lo que podría denominarse el movimiento global, incluyendo el cambio en la opinión pública.

A la misma vez que observamos el proceso de entendimiento entre soberanías que da lugar al cambio de políticas de lucha contra la evasión *offshore*, se produce un movimiento de la sociedad civil, reflejado en plataformas no gubernamentales que utilizan los medios digitales para denunciar los abusos de contribuyentes privilegiados que evitan sus obligaciones fiscales mediante la utilización de estructuras *offshore* para ocultar beneficios o riqueza.

El trabajo de revelación de información (“la otra información”) que ha venido realizando ICIJ desde 2013 se ha manifestado de gran importancia en el desarrollo de una conciencia colectiva de lucha contra los evasores fiscales y los territorios *offshore*. Esta conciencia colectiva alcanza por primera vez el compromiso de la sociedad civil (harta de los abusos de unos pocos y que sufren las consecuencias de la evasión a través de las subidas de impuestos y los recortes presupuestarios), de las administraciones tributarias (que por fin se cargan de información, por el canal oficial o por canales alternativos, para perseguir a los evasores internacionales) y los gobiernos y organizaciones internacionales (que sienten la presión de realizar cambios sustantivos para aplacar la evasión fiscal internacional incluso a costa de debilitar en algunos casos a sus propias multinacionales).

CAPÍTULO VI: CAMBIO EN LAS POLÍTICAS E INSTRUMENTOS DE LUCHA CONTRA LA EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL

1. ANÁLISIS DEL CAMBIO DE PARADIGMA INTERNACIONAL DE LA LUCHA CONTRA LA EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL

El intercambio de información fiscal ha evolucionado a raíz de FATCA. Una norma doméstica con efectos extraterritoriales que imponía una aproximación unilateral al problema de la evasión fiscal internacional ha evolucionado hacia un conjunto de acuerdos internacionales y adaptación de los países para su participación e integración y una continuación en organizaciones internacionales con apertura a una mayor representatividad en búsqueda de la globalidad y aceptación de estándares.

En otras palabras, en el intento de implementar internacionalmente FATCA, se han abierto otras formas de cooperación en el intercambio de información y la lucha contra la evasión fiscal internacional. No hay dudas respecto al papel determinante jugado por el contexto en el que FATCA nace, con la crisis financiera internacional, arrastrando a los países a concentrar esfuerzos para mitigar el impacto y con la intención de protegerse frente a futuras crisis. Este escenario internacional de cambios regulatorios globales, en alguna medida explica el camino seguido por FATCA desde el momento de su nacimiento hasta este momento de implementación, y nos lleva a preguntarnos si FATCA y su intercambio de información automático ha generado o no un nuevo régimen fiscal internacional y en definitiva un nuevo paradigma en el sistema fiscal internacional de lucha contra la evasión fiscal.

Aunque la implementación de FATCA no puede considerarse aún un éxito,³⁷⁰ sin embargo en este momento FATCA está en vigor, siendo aplicada por un gran número de instituciones financieras y administraciones tributarias, lo que la convierte en un instrumento vivo de lucha contra la evasión fiscal. En consecuencia muchos países e instituciones ya se han alineado en orden a transformar definitivamente el modelo internacional de lucha contra la evasión fiscal. Lo mismo ocurre con los contribuyentes, que serán más cumplidores si saben que los contribuyentes

³⁷⁰ Solo podremos confirmar el éxito de FATCA cuando su implementación y funcionamiento se haya consolidado y se evalúe su eficacia en términos de datos intercambiados y proceso eficiente de los mismos que conlleve una mayor recaudación por impuestos sobre cuentas en el extranjero y la consiguiente reducción de la evasión fiscal internacional. Habiéndose producido en 2015 la primera entrega de información por parte de las entidades financieras la posibilidad de evaluar los efectos es aun prematura.

sofisticados (Grinberg, 2012a) son obligados a cumplir (Congdon et al., 2009), y por último las entidades financieras, sabedoras de que los procesos de intercambio de información forman ya parte de su operativa. Ya hemos presenciado como los acuerdos de implementación de FATCA han sido firmados por un buen número de países y como esta red creciente ha estimulado a otros países a firmar acuerdos. En consecuencia, el factor de imitación puede también jugar un papel importante conllevando un efecto dominó que empuje de manera más amplia y profunda el planteamiento inicial de FATCA. Desde este punto de vista, y desde ya, FATCA puede convertirse en una plataforma para la implementación de una más intensa y ampliada política de lucha contra la evasión fiscal a través del intercambio de información fiscal. FATCA puede liderar la creación de un nuevo régimen fiscal, basado en requerimientos de mínimos, cual sería, un compromiso básico de compartir información fiscal antes que establecer criterios más estrictos de carácter fiscal. Por tanto, FATCA puede haber definido una trayectoria viable de lucha contra la evasión fiscal, a través de su modelización en esferas multilaterales y mediante el uso de normativas de mínimos o *soft rule* que puedan ser aceptadas por todos y opuestas a intentos más profundos de regulación internacional que generalmente fracasan por complejos e invasivos.

1.1. RÉGIMEN FISCAL INTERNACIONAL Y EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

Aunque el mero concepto de régimen fiscal internacional ha sido una cuestión discutida por la doctrina, en la que ciertos autores como Avi-Yonah (2007) consideraron la existencia de una especie de régimen fiscal internacional, mientras que otros como Rosenbloom (2000) argumentaron que un concepto de tal tipo no existe o no puede aplicarse a lo que existe a día de hoy, y que el pretendido régimen fiscal internacional no es más que una simple colección de leyes domésticas de varios países, nosotros nos serviremos del concepto de régimen fiscal internacional utilizado por Avi-Yonah (2000) siguiendo las definiciones de *customary international law* y de *international agreements* definidos por el *American Law Institute* y su *Restatement of the Law Third: The Foreign Relations Law of the United States* (The American Law Institute, 1987):

- “El derecho internacional consuetudinario es consecuencia de la práctica general y consistente de los Estados que lo aplican con carácter de obligación

legal” (*Customary international law results from a general and consistent practice of states followed by them from a sense of legal obligation*).

- “Los acuerdos internacionales crean normas en los Estados firmantes y pueden llevar a la creación de derecho internacional consuetudinario cuando los Estados se adhieren y aceptan los acuerdos ampliamente” (*International agreements create law for states parties thereto and may lead to the creation of customary international law when such agreements are intended for adherence by state generally and are in fact widely accepted*).

Analizamos el ajuste a este concepto de FATCA³⁷¹ y del intercambio automático de información global como estándar en vías de aceptación.

Avi-Yonah (2007) considera el régimen fiscal internacional como las practicas fiscales internacionales que son ampliamente seguidas por los países, como por ejemplo, la evitación de la doble imposición por parte de los Estados dando a los contribuyentes la posibilidad de exención o crédito fiscal, así como otras generalmente aceptadas internacionalmente como son el principio de jurisdicción fiscal, la no discriminación o el precio de mercado.³⁷² ¿Se podrá incluir en esta lista el intercambio (automático) de información diseñado a raíz de FATCA?

Ciertamente, como hemos expresado más arriba, el éxito en la implementación de FATCA se articula en base a una solicitud legítima³⁷³ y realizable³⁷⁴ y una expansión internacional a través de negociaciones intergubernamentales. La aceptación del principio subyacente en la norma (el intercambio automático de información como instrumento de lucha contra la evasión fiscal internacional) y del modelo por parte de organizaciones internacionales supone la consolidación de una norma básica y globalmente aceptada en el régimen internacional. Un desarrollo deseable sería alcanzar un acuerdo multilateral de carácter global (Eccleston & Gray, 2014), lo que

³⁷¹ En este epígrafe del trabajo utilizamos FATCA como concepto ligado al nuevo estándar de intercambio automático de información fiscal internacional porque FATCA es el creador del modelo que será utilizado por los países y organizaciones para imponer multilateral y globalmente el instrumento de intercambio y porque además entendemos FATCA como el promotor de este nuevo paradigma.

³⁷² Coincide esta interpretación con el primer nivel (principios de fiscalidad internacional) de la ordenación de niveles de políticas e instrumentos de lucha contra la evasión fiscal que expusimos en el capítulo III.

³⁷³ Legítima en tanto requiere información de sus propios contribuyentes con la finalidad de hacer cumplir su normativa fiscal.

³⁷⁴ Realizable en tanto los procesos de obtención de la información y el intercambio efectivo puede ser realizado con los medios técnicos disponibles.

acercaría el intercambio automático e internacional de información fiscal al concepto de régimen fiscal internacional desarrollado por el profesor Avi-Yonah.

En un ejercicio de interpretación y encaje de FATCA y el intercambio automático de información fiscal en el concepto de régimen fiscal internacional de Avi-Yonah resulta lo siguiente:

- El derecho internacional consuetudinario (en el sentido de régimen fiscal internacional) es consecuencia de la práctica general y consistente de los Estados que lo aplican con carácter de obligación legal (*Customary international law results from a general and consistent practice of states followed by them from a sense of legal obligation*): La extensión de FATCA a más de 100 países y a más de 100.000 entidades financieras de todo el mundo y de las soluciones CAA y CRS a 78 en forma multilateral³⁷⁵ bien puede hacer de esta solución una práctica general y consistente, con el elemento añadido de obligación legal derivado de los acuerdos, tanto intergubernamentales como con las entidades financieras como de los protocolos multilaterales.
- Los acuerdos internacionales crean normas en los Estados firmantes (*International agreements create law for states parties thereto*): Ciertamente, los acuerdos intergubernamentales de FATCA que desarrollan el intercambio automático de información son norma de obligado cumplimiento para las partes firmantes (Ministerio de Asuntos Exteriores, 2014), incluido los EE.UU. (Morse, 2013). Igualmente los compromisos que se están adquiriendo multilateralmente en esta materia en la CAM, CAA y CRS tienen valor legal para los Estados participantes (Ministerio de Asuntos Exteriores, 2015).
- Estos acuerdos pueden llevar a la creación de derecho internacional consuetudinario cuando los Estados se adhieren y aceptan los acuerdos ampliamente (*and may lead to the creation of customary international law when such agreements are intended for adherence by state generally and are in fact widely accepted*): Este es, sin duda, un objetivo principal de los acuerdos intergubernamentales, que buscan extenderse al mayor número posible de países, pero sobre todo de la multilateralidad derivada de CAM, su diseño de estándares y su búsqueda inclusiva de aceptación y globalidad. Sin

³⁷⁵ Con el efecto multiplicador de los acuerdos multilaterales.

duda los acuerdos intergubernamentales se diseñaron sobre una red de convenios y acuerdos de intercambio de información que facilitaría la admisión legal y reglamentaria, alcanzando a la vez a un amplio rango de países. La CAM trabaja en estándares que puedan ser globalmente aceptados para que todos los países participantes puedan aceptar multilateralmente el intercambio de información.

Haciendo el mismo ejercicio interpretativo, pero utilizando en este caso el concepto de régimen internacional definido por Krasner (1982) podemos percibir que una implementación global del intercambio de información quedaría muy próxima a lo que se entiende por régimen fiscal internacional. Así, el concepto expresa el régimen fiscal internacional como “principios implícitos o explícitos, normas, reglas y procedimientos de toma de decisiones en torno a los cuales las expectativas de los actores convergen en un área determinada de las relaciones internacionales” (*implicit or explicit principles, norms, rules and decision-making procedures around which actors’ expectations converge in a given area of international relations*). En este caso se podría entender que la implementación del intercambio de información internacional bien a través de FATCA y el desarrollo multilateral de la CAM implicarán políticas de intercambio automático de información generalmente aceptadas que coincidirían con este concepto.

En consecuencia, observamos como el intercambio automático de información fiscal a raíz de FATCA y su modelo seguido por la UE y la OCDE para implementar la herramienta de forma multilateral tiene el carácter de régimen fiscal internacional emergente (Eccleston & Gray, 2014).

1.2. NUEVOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES

¿Se han cambiado los estándares internacionales en materia de intercambio de información como consecuencia de FATCA? Ciertamente, eso podría parecer, los datos, decisiones, reacciones, y políticas tratadas en este trabajo pretenden explicar un enlace entre esta norma y el cambio producido. La propia OCDE manifestó claramente tras la Cumbre del G8 en junio de 2013 que se estaba produciendo un cambio (OECD, 2013c): “En 2009 se llevó a cabo un gran avance hacia una mayor transparencia con el intercambio de información bajo requerimiento que se convirtió en estándar internacional junto con la reestructuración del Foro Global que

comenzaría a supervisar la aplicación de la norma a través de sistemas de revisiones entre pares. Ahora, hay otro cambio de ritmo en la transparencia fiscal internacional impulsada por los acontecimientos en todo el mundo, incluidos EE.UU. y Europa, con un apoyo político sin precedentes para implementar el intercambio automático de información. En abril de 2013 los Ministros de Finanzas del G20 y del Banco Central aprobaron el intercambio automático como nuevo estándar”.³⁷⁶

Pero, ¿este cambio es debido a FATCA? Posiblemente es demasiado atrevido decir tal cosa, o al menos, considerar FATCA como la única causa de este cambio. Sin embargo, nadie podría analizar profundamente este cambio en las políticas fiscales llevado a cabo por los organizaciones internacionales sin considerar FATCA como un hito (Martos Belmonte, 2015).

La OCDE en el informe tras la Cumbre del G8 en 2013 consideraba la utilización del Modelo 1 de acuerdo intergubernamental como el estándar sobre el que construir el intercambio automático de información fiscal (OECD, 2013c): “el Modelo 1 de acuerdo intergubernamental contiene las características claves del modelo de intercambio automático efectivo. Esto, junto con el hecho de que los gobiernos y las entidades financieras de todo el mundo están ya invirtiendo en su implementación hacen del Modelo 1 de acuerdo intergubernamental una base lógica sobre la que construir... Estos desarrollos ofrecen una oportunidad de ir hacia un modelo estandarizado de intercambio de información automático”.³⁷⁷

La solicitud de los ministros de finanzas del G-5 en la carta enviada al Comisario Algirdas Šemeta de que la UE aplicara los protocolos de intercambio de información del Modelo I de AIG (G5 Financial Ministers, 2013): “Como ya conoce, tras la aprobación de FATCA hemos iniciado una serie de reuniones conjuntas con los EE.UU. con el objetivo de concluir de la forma más efectiva acuerdos

³⁷⁶ “A major breakthrough towards more transparency was accomplished in 2009 with information exchange upon request becoming the international standard and the restructured Global Forum on Exchange of Information and Transparency for Tax Purposes starting to monitor the implementation of the standard through peer reviews. Now, there is another step change in international tax transparency driven by developments around the globe, including in the United States and Europe, with unprecedented political support for automatic exchange of information. In April 2013 the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors endorsed automatic exchange as the expected new standard”.

³⁷⁷ “the Model I IGA contains a number of key features of an effective automatic exchange model. This, along with the fact that governments and financial institutions around the world are already investing to implement it, makes the Model I IGA a logical basis on which to build... These developments offer an opportunity to move towards a standardised model of automatic exchange of information”

intergubernamentales para llevar a cabo el intercambio automático de información. Estas discusiones han concluido con un modelo de acuerdo que minora las cargas de las empresas a la vez que asegura un efectivo y eficiente intercambio de información recíproco. Creemos que estos acuerdos representan un cambio radical en la transparencia fiscal, permitiéndonos tomar medidas más contundentes contra la evasión fiscal. Es nuestra intención promover estos acuerdos como nuevo estándar internacional”.³⁷⁸

Por tanto, contamos con la aquiescencia de la OCDE y la UE de una aceptación de nuevos estándares. Hemos visto en el capítulo anterior como los países han aceptado, mediante los cambios normativos oportunos, la inclusión de estos estándares.

Aceptar que estos movimientos en la fiscalidad internacional son reacciones a la aparición de FATCA convierten la norma unilateral estadounidense en un hito. La asunción del modelo FATCA por OCDE, UE y países, por su parte, convierte aquella norma en precursora de la estandarización internacional del intercambio automático de información.

Esto es, la OCDE y la UE consideran el modelo FATCA como prototipo de sus políticas, convirtiendo los principios y protocolos claves de FATCA en un régimen internacional emergente para el intercambio automático de información que será desarrollado por la OCDE a través de la CAM y el Foro Global y sustentado por los foros de países más representativos a través del G8 y el G20. Esta convergencia de políticas no será únicamente sobre los procesos administrativos sino también sobre los políticos tendentes a reforzar la cooperación, el cumplimiento de la ley y la igualdad entre países diferentes que podría concluir con la OCDE como auténtico foro internacional en materia de fiscalidad, modulador de los estándares y patrones aceptados globalmente en la regulación de las relaciones fiscales internacionales y la batalla contra la evasión fiscal.

³⁷⁸ “As you know, following the passage of the US Foreign Account Tax Compliance Act we have all been in joint discussions with the US as to the most effective way of concluding intergovernmental agreements to provide for automatic information exchange. These discussions have resulted in a model agreement which minimises burdens on business while ensuring effective and efficient reciprocal exchange of information. We believe that these agreements represent a step change in tax transparency, enabling us to clamp down further on tax evasion. We will be looking to promote these agreements as the new international standard”.

1.3. NUEVO ORDEN Y NUEVOS ACUERDOS INTERNACIONALES: UN CAMBIO REGULATORIO GLOBAL

La evasión fiscal es un fenómeno complejo de explicar al considerarse en el origen de la misma tanto elementos económicos (teoría del riesgo-beneficio) como psicológicos o sociológicos (moral fiscal o confianza en la administración) e incluso de carácter cultural. La industria del asesoramiento *offshore* y las multinacionales y altos patrimonios, como hemos visto, sacan partido de las ineficiencias del sistema y a las oportunidades que éste le brinda, a través, por ejemplo, de la falta de intercambio de información tributaria.

Los países y organizaciones internacionales, como actores de la fiscalidad internacional han propuesto políticas y han diseñado instrumentos para limitar la actividad evasiva. Ya hemos estudiado las políticas e instrumentos de dos etapas, diferenciadas por el hito que supuso FATCA. También hemos visto que existen una serie de elementos que restringen la capacidad operativa de las políticas e instrumentos. Estos elementos son (a) la soberanía de los países; (b) la capacidad de las organizaciones reguladoras; (c) la amplitud del espectro global; y (d) las diferencias de desarrollo de las diferentes jurisdicciones.

Todos y cada uno de estos elementos tienen trascendencia en la elaboración de las políticas fiscales internacionales y todos ellos, de alguna manera, limitan la correcta aplicación de las políticas e instrumentos.

FATCA es uno de estos instrumentos, procedente de los EE.UU., que a su vez lo consideramos uno de los actores principales de la fiscalidad internacional, hemos visto como su efecto ha sido trascendente en el desarrollo de las políticas fiscales de los últimos años, que poco a poco van desarrollando elementos de contrapeso a los elementos restrictivos y consiguen imponer políticas e instrumentos que pueden cambiar el paradigma de la fiscalidad internacional en materia de evasión fiscal.

Cuando FATCA fue aprobada en 2010 pocas razones existían para confiar en su éxito, mucho menos en el impacto que finalmente ha supuesto. Recordemos, imponía un enfoque unilateral a un problema global como es la evasión fiscal internacional. La ley, de inicio, beneficiaba únicamente a los EE.UU. e imponía grandes cargas administrativas a las entidades financieras para cumplir con la entrega de información. Una ley doméstica de aplicación extraterritorial que amenazaba a las

entidades financieras extranjeras con una retención-sanción para alcanzar un ambicioso objetivo como lo es la obtención de información fiscal de sus contribuyentes por activos mantenidos en el extranjero, requiriendo la entrega de la información de forma automática y exigiendo la cancelación de la cuenta depositada en una entidad financiera extranjera en caso de que el cliente (contribuyente estadounidense) no suministrara la información requerida era demasiado pretencioso incluso para un país como los EE.UU.

Sin embargo, FATCA estuvo rodeada de acontecimientos que facilitaron su implementación inicial: (i) la voluntad de la comunidad internacional tras la crisis financiera global; (ii) los continuos incidentes de evasión fiscal internacional que probaron actuaciones favorecedoras de las entidades financieras de paraísos fiscales y CFO; (iii) el desarrollo técnico y la digitalización que permitiera un intercambio automático de información; y (iv) el éxito de inclinar a los países más influyentes hacia el intercambio automático de información financiera frente al desafío de la retención anónima. Pero ninguna de las anteriores causas han tenido tanto efecto en la implementación de FATCA y la creación de un nuevo orden alrededor del intercambio de información como los cambios en los procedimientos de diseñar y lanzar políticas globales en la lucha contra la evasión fiscal internacional. Estos cambios han venido producidos por una transformación en los actores que mediante una identificación más correcta de los objetivos les ha permitido adaptar políticas e instrumentos de lucha contra la evasión fiscal que propician un nuevo equilibrio en el que se favorece la integración de las nuevas soluciones de intercambio de información, llámense FATCA, Directiva del Ahorro o CAA-CRS . Lo anterior además proyecta una gobernanza global más coordinada y capaz de limitar los excesos de las actividades evasivas y de los territorios no colaboradores.

Si bien todos los actores de políticas e instrumentos de lucha contra la evasión fiscal internacional han modificado sus métodos y estrategias a raíz de FATCA, es la OCDE el actor más relevante en este cambio y el que ofrece un mayor interés de análisis.

Se observa el cambio en la forma de operar políticas internacionales diseñando soluciones a los obstáculos que presenta el sistema fiscal internacional: ha gestionado los problemas del régimen fiscal internacional cambiando métodos y estrategias y enfrentando la política fiscal internacional desde una perspectiva más negociadora e integradora.

Ya hemos analizado en el capítulo III las soluciones que han sido ideadas y aplicadas hasta la aparición de FATCA, y cuales han sido los factores del fracaso y los efectos restrictivos que han impedido aplicar eficientemente la políticas e instrumentos. Por este orden: (i) soberanía; (ii) globalización; (iii) instituciones; y (iv) desigualdades. También hemos definido en el capítulo III la transformación de la OCDE. Veremos ahora como esta transformación tiene impacto en la superación de los efectos restrictivos.

Desde la aparición de FATCA en 2010 descubrimos una serie de elementos nuevos en la forma de enfrentar la lucha contra la evasión fiscal internacional que además hacen reaccionar a los otros actores resultando, en consecuencia, decisivos en la configuración del cambio en el sistema internacional.

Hemos visto, por ejemplo, en FATCA el efecto producido por incluir una negociación intergubernamental en el desarrollo de medidas de control sobre el sector financiero. Pero más interesante resulta el efecto global de FATCA sobre el sistema fiscal internacional, observando, a partir de su implementación (a) la consolidación del intercambio automático de información como el elemento clave contra la evasión fiscal; (b) la reacción de los otros actores incorporando o mejorando, en su caso, el intercambio automático de información; y (c) la aceptación de los Estados de forma amplia de estos cambios y el compromiso de implementarlos.

Esta reacción del sistema fiscal internacional en la lucha contra la evasión fiscal ha supuesto en sí una reformulación de las políticas e instrumentos de lucha contra la evasión fiscal internacional. Las características en el diseño e implementación de las políticas han producido unos efectos rupturistas de las barreras restrictivas como podemos ver en la Tabla 10.

Tabla 10: Nuevas medidas, características y efecto

Medida	Características	Efecto
<i>FATCA</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Agresiva • Negociada con gobiernos • Amplio alcance 	<ul style="list-style-type: none"> • Cesión soberanía administrativa • Amplitud
<i>CAM (Acuerdo Multilateral)</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Estándares negociados • Representatividad 	<ul style="list-style-type: none"> • Cooperación • Amplia base multilateral • Soberanía administrativa • Reforma, nuevos foros

Fuente: Elaboración Propia

Efectivamente, FATCA es una norma rupturista con el sistema al tratarse de la primera norma unilateral que impone obligaciones de cumplimiento a entidades financieras extranjeras mediante el compromiso de los gobiernos de esos terceros países. Este compromiso puede o no ser recíproco, lo que hace que la norma, de origen genuinamente unilateral, no tenga precedentes al poder imponer otros Estados obligaciones de cumplimiento de una norma extranjera sobre sus entidades financieras sin contraprestación del país del que emana la norma, generando una desigualdad de condiciones (*level playing field*) (Eccleston & Gray, 2014).

Más allá de estas consideraciones sobre el efecto rupturista que ha supuesto FATCA, la parte sustantiva de la norma consolida el intercambio automático de información como elemento de lucha contra la evasión fiscal. Se pretende de esta forma limitar las oportunidades de ocultación que causan, en consecuencia, la evasión fiscal internacional.

Pero nos interesa en este momento destacar los efectos sobre la política o gobernanza global, tomando dos instrumentos representativos del nuevo orden, cuales son, por una parte FATCA y por otra la CAM, como paradigma de la transformación operada por la OCDE.

FATCA centra el mecanismo de lucha contra la evasión fiscal en un elemento como la información fiscal de los propios contribuyentes, como elemento administrativo y perfectamente transferible por las jurisdicciones, excluyendo de su *petitum* elementos o actuaciones más vinculados con la soberanía legislativa, en el núcleo duro no transferible de las jurisdicciones.

El otro elemento fundamental de FATCA es el alcance. Usando su poder financiero global, los EE.UU. han “chantajeado” a las entidades financieras para entrar en su régimen como intermediarias globales³⁷⁹ y compartir con la administración tributaria estadounidense, el *Internal Revenue Service* o IRS, la información de trascendencia fiscal de las posiciones financieras de sus contribuyentes o de las sociedades tenedoras del patrimonio de sus contribuyentes.³⁸⁰ A estos efectos, un elemento fundamental para que las políticas fiscales no queden restringidas, cual es la globalidad, queda bastante conseguido por una norma unilateral como FATCA

³⁷⁹ Efectivamente las entidades financieras que participan en FATCA se convierten en intermediarios financieros globales y a tal efecto se les concede un *Global Intermediary Identification Number*.

³⁸⁰ Pretende consolidar también FATCA el concepto de beneficiario efectivo.

mediante el elemento coactivo (la necesidad creada a las entidades financieras de “estar dentro”) y el elemento diplomático (negociación intergubernamental y obtención de apoyos estratégicos).³⁸¹

Por su parte, la OCDE, a raíz de FATCA decide adoptar el intercambio de información automático como mecanismo principal de lucha contra la evasión fiscal internacional, renunciando así a exigencias más intrusivas en la soberanía legal de los Estados y jurisdicciones. Además toma la cooperación y negociación como fundamentos del diseño e implementación de sus políticas³⁸² frente a las soluciones de épocas pretéritas en las que la negociación se realizaba desde los órganos técnicos de la OCDE³⁸³ y se sustentaba por los países miembros de ésta.

1.4. LOS ELEMENTOS DE CONTRAPESO

Como consecuencia de los cambios analizados, se produce una forma de superación de los efectos restrictivos con los que se ha encontrado el sistema fiscal internacional.

Figura 18: Efectos restrictivos y elementos de contrapeso



Fuente: Elaboración Propia

³⁸¹ Mediante la estrategia de doble dirección.

³⁸² Valgan como ejemplo los ya comentados Foro Global, ampliamente participativo, al tener actualmente 127 miembros, y la CAM que ya cuenta con más de 90 miembros.

³⁸³ Principalmente el Centro de Política y Administración Tributaria y el Consejo de Asuntos Fiscales.

Efecto restrictivo: Soberanía fiscal; Elemento de contrapeso: Desagregación de la soberanía

La soberanía fiscal se muestra como núcleo duro no negociable en el ámbito de la fiscalidad internacional. El derecho a imponer y recaudar impuestos es uno de los – si no “el” – atributos centrales de la soberanía.³⁸⁴

Recordamos aquí como la OCDE usó el argumento de la soberanía fiscal quebrantada por los paraísos fiscales y la competencia fiscal dañina y como los paraísos fiscales respondieron que era la OCDE la que minaba la soberanía fiscal de sus jurisdicciones cuando buscaba dictar e imponer leyes fiscales extranjeras en sus territorios (Sharman, 2006a).

La soberanía fiscal solo puede entenderse actualmente en relación con la globalidad. Los países han protegido siempre su soberanía en las negociaciones de políticas e instrumentos fiscales internacionales. Esa es una de las razones por las que siempre rechazaron las soluciones multilaterales y optaron por otras bilaterales en las que la negociación “*vis à vis*” les permitiera garantizar el mantenimiento de su soberanía fiscal. No obstante la llegada de la globalización ha cambiado la percepción de los países de la soberanía, estos ya no la pierden por las cesiones en las negociaciones de acuerdos internacionales, sino a través de la competencia fiscal abusiva, la movilización del capital y las planificaciones agresivas que erosionan las bases imponibles de las multinacionales.

En este escenario de economía globalizada que acarrea un crecimiento de la evasión, la elusión fiscal y la competencia fiscal, los países reaccionan y se muestran más dispuestos a compartir su soberanía fiscal administrativa,³⁸⁵ aquella ligada a las medidas pasivas-colaborativas, y entre las que se encuentran el intercambio de información y la asistencia administrativa.

Los actores del sistema fiscal internacional han reaccionado a las tensiones entre la globalización y la soberanía fiscal: la que se está perdiendo debido a la competencia

³⁸⁴ Rixen (2008)

³⁸⁵ Soberanía administrativa entendida como la autoridad de hacer cumplir las leyes fiscales, que se identifica principalmente con recaudar impuestos, en orden a recuperar el control de hecho sobre las políticas fiscales frente a la soberanía legislativa como la autoridad de hacer políticas fiscales, que se identifica con diseñar leyes.

fiscal y la necesaria que han de ceder para llegar a acuerdos internacionales que combatan la evasión fiscal.

Tras una primera etapa en la que se pretendió salvaguardar la soberanía de los Estados a cambio de minar la de los paraísos fiscales y CFO dictando los principios y comportamientos fiscales se ha evolucionado a un sistema en el que el método seguido ha sido el entendimiento y los procesos inclusivos sobre aspectos administrativos y cooperativos. Estos son los aspectos de la autoridad de los países susceptibles de negociar multilateralmente.

Apreciamos igualmente una mayor capacidad de negociar la soberanía administrativa cuando la respuesta a los mandatos de cooperación no proviene de los Estados soberanos sino de operadores económicos privados. En este caso la soberanía de los Estados no se ve alterada porque en la solución del conflicto acuden a la negociación bilateral (o a soluciones multilaterales).

Efecto restrictivo: Globalización; Elemento de contrapeso: Amplia base multilateral y cooperación

La globalización, como fenómeno económico y técnico y su efecto eliminador de fronteras y ampliador del número de países y territorios en juego dentro del sistema fiscal internacional y de los procesos de evasión, elusión y competencia fiscal internacional como sujetos activos o pasivos, ha incrementado el número de países y territorios actores en las negociaciones de fiscalidad internacional. A los países UE-OCDE se han sumado las economías emergentes, los países sudamericanos,³⁸⁶ los grandes asiáticos y oceánicos y la gran mayoría de paraísos fiscales y CFO. Quedan aún fuera del ámbito del rol de países actores del sistema fiscal global los africanos, con carácter general.

La OCDE ha evolucionado en su complejo papel de organización que gestiona los intereses de los Estados miembros que a la vez pretende dotar de legitimidad y efectividad a los programas y campañas que promueve (Eccleston & Woodward, 2014). Mediante un proceso de definición de su propia autonomía, la OCDE se ha convertido en el foro principal de la fiscalidad internacional trascendiendo el marco de sus miembros, e incluso el de no miembros colaboradores para posicionarse en una

³⁸⁶ Con la excepción de aquellos con regímenes anticapitalistas y con su economía fuertemente intervenida, como es el caso de Venezuela o Ecuador.

esfera más global, abriendo el acceso a instrumentos generadores y evaluadores de políticas e instrumentos fiscales a todos los países.

Efecto restrictivo: Desigualdad entre los países; Elemento de contrapeso: Estándares negociados y apoyo

Una de las causas del fracaso de las negociaciones internacionales en materia fiscal es la diferencia entre los países negociadores en el plano económico y social, así como en las estructuras de sus sistemas fiscales y administraciones tributarias, lo que complica el encuentro de puntos de entendimiento. Mientras que los Estados económica y socialmente desarrollados cuentan con sistemas fiscales de imposición sobre categorías perfectamente definidas de rentas directas y sistemas de imposición indirectos sofisticados, que incluye y diferencia residentes de no residentes, otros países con economías aún en desarrollo disponen de sistemas fiscales rudimentarios como consecuencia de (i) la dificultad de someter la renta a tributación debido a la distribución del trabajo, con muchos de los trabajadores realizando trabajos autónomos (agricultura) o en pequeñas empresas informales; (ii) la débil formación de los funcionarios y la falta de oficinas especializadas en tareas básicas hacendísticas (datos o estadísticas); y (iii) la tremenda desigualdad que frena en ocasiones la adopción de reformas fiscales (Tanzi & Zee, 2001).³⁸⁷

Estas diferencias que marcan las dificultades en la negociación de acuerdos bilaterales y que fueron imposibles de superar en la determinación de un marco multilateral para regular la doble imposición³⁸⁸ se hacen más notorias en las negociaciones y desarrollo de políticas e instrumentos de lucha contra la evasión fiscal internacional, que afecta especialmente cuando estos países débiles y en desarrollo son los que realizan prácticas fiscales de competencia fiscal perjudicial buscando de esta forma los ingresos tributarios que no obtienen de su frágil economía y sus ineficaces sistemas fiscales. Imponer principios tributarios que sean generalmente aceptados, incluso aquellos básicos para los sistemas fiscales desarrollados, resulta desafiante para estos países por la amenaza que supone a su soberanía fiscal, pero incluso más por la

³⁸⁷ Debido, con frecuencia, a que el poder económico y político de los contribuyentes ricos es contrario a adoptar regímenes fiscales sobre la renta y el patrimonio más progresivos.

³⁸⁸ Las complejidades que encontraron tanto la Sociedad de Naciones como la OCDE en el desarrollo de una solución multilateral de la doble imposición internacional surgieron principalmente de las diferencias entre los países. Las soluciones bilaterales se consideraron más prácticas, ya que los países podrían solventar las diferencias mediante la negociación directa, generalmente favorecedor de los países más poderosos.

dificultad operativa, de costes, política y económica que estos cambios supondrían en aquellos sistemas fiscales.

A nuestro juicio, la determinación de estándares o reglas básicas comunes en la lucha contra la evasión fiscal es necesaria, pero su adopción requiere de dos elementos fundamentales: 1. Que los estándares sean básicos, sobre aspectos administrativos; y 2. Que los sistemas fiscales menos desarrollados reciban apoyo en la implementación de los estándares.

Los estándares propuestos en la nueva etapa cuentan con la participación en la negociación de los países desiguales, lo que hace que los mismos puedan ser globalmente aceptados, a la vez que se les ofrece el apoyo necesario para desarrollar sus sistemas³⁸⁹ y diseñan un instrumento que pretende ser eficaz en la consecución del objetivo estableciendo unas exigencias de cumplimiento menos arbitrarias,³⁹⁰ con mayor énfasis en la calidad y relevancia de las jurisdicciones que en la cantidad de acuerdos.

Efecto restrictivo: Instituciones internacionales; Elemento de contrapeso: Reforma y desarrollo de nuevos foros

Cuando hablamos de organizaciones internacionales en materia fiscal nos referimos principalmente a la OCDE como organización líder en materia de fiscalidad internacional. Su composición, estructura e incluso su razón de ser no servían para liderar el diseño de políticas internacionales de lucha contra la evasión fiscal internacional.

La OCDE nace con la naturaleza de red internacional transgubernamental,³⁹¹ convirtiéndose, quizás, en el ejemplo por excelencia de red regulatoria transgubernamental dentro de una institución internacional establecida (Slaughter, 2003). Su función primaria ha sido convocar a oficiales de los gobiernos en asuntos

³⁸⁹ Gracias, entre otras causas al destino de fondos de los países miembros para el desarrollo de la campaña. El Foro Global ofrece apoyo mediante la revisión entre pares, el monitoreo y la asistencia técnica: “*The Global Forum supports its members’ implementation of the international standards through in-depth monitoring and peer reviews, as well as through technical assistance, peer to peer learning and skills support. Ensuring that developing countries can also benefit from the new environment of transparency has been at the front of the Global Forum’s agenda since its inception.*” (OECD, 2014c)

³⁹⁰ “*The jurisdictions’ network of information exchange mechanisms should cover all relevant partners.*”

³⁹¹ Como redes de ministros de gobiernos en organizaciones internacionales siguiendo el “modelo de club” descrito por Keohane (2001).

específicos con el propósito de tratar problemas comunes y hacer recomendaciones o promulgar modelos de conducta para su solución.³⁹²

Esta forma de hacer políticas internacionales enfrentando los problemas mediante coaliciones de intereses dentro de una organización internacional comenzó su quiebra a partir del inicio de siglo XXI, cuando las dudas públicas y la sospecha sobre las actividades de las organizaciones internacionales aumentaron considerablemente.³⁹³

Desde entonces, la OCDE ha experimentado varias transformaciones. La experiencia técnica de sus equipos, que le otorga cierta autonomía frente a sus Estados miembros, permitió explotar la capacidad de ofrecer soluciones al problema de la evasión fiscal internacional en un foro más amplio como era el G20.³⁹⁴ En la actualidad, la OCDE, a través del G20, se ha convertido en una organización mucho más amplia, al menos para asuntos fiscales derivados de evasión internacional, y el Foro Global con 127 miembros a mayo de 2016 es un ejemplo claro de esta transformación. Esta reforma y desarrollo de nuevos foros ha servido para legitimar a la OCDE como foro internacional en materia fiscal y convertir la cooperación multilateral en instrumento de equilibrio de la igualdad entre los países poderosos y los débiles, frente a la negociación bilateral que fue promovida históricamente por la OCDE que ponía en desventaja a los últimos (Kudrle, 2014). En definitiva observamos una transformación en la OCDE³⁹⁵ que hace de la organización internacional un entidad más acorde a las demandas globales de lucha contra la evasión fiscal internacional.

2. EL CAMBIO DE ESTRATEGIA EN EL SISTEMA FISCAL INTERNACIONAL DE LUCHA CONTRA LA EVASIÓN FISCAL

En la determinación de una evolución o cambio en las políticas e instrumentos internacionales en la lucha contra la evasión fiscal internacional primero hay que

³⁹² El ejemplo perfecto de lo ocurrido en la campaña de competencia fiscal dañina.

³⁹³ Vuelve a valer el ejemplo de la OCDE y la campaña de competencia fiscal dañina.

³⁹⁴ Eccleston y Woodward (2014) consideran que este resultado fue el producto del desempeño empresarial del secretario de la OCDE, Ángel Gurría, asistido por Jeffrey Owens, entonces director del CTPA que empujaron la agenda internacional de la OCDE sucesivamente al G7 y después al G20. En palabras de un oficial senior de la OCDE, “nuestro impacto real ha sido en términos de establecer una agenda de reformas. En el punto alto de la crisis éramos capaces de ofrecer a los líderes del mundo una considerable y coherente línea de acción” (según una entrevista de los autores en septiembre de 2009).

³⁹⁵ Siguiendo a Rixen, la transformación de la OCDE estaría en la línea de una reforma incremental, mediante la estratificación de nuevas convenciones sobre las ya existentes. Al mecanismo de intercambio de información original en instrumentos bilaterales (CDI y AII) se le superpone el intento de fortalecer la misma mediante la aceptación de estándares globales de intercambio de información bajo requerimiento, al que se superpone el esfuerzo multilateral mediante la CAM y finalmente estándares de intercambio automático (Rixen, 2008).

identificar la naturaleza del sistema y de los actores. Situar el problema dentro del contexto y determinar cuales son las políticas e instrumentos disponibles por los actores para enfrentar el problema. Una vez definido, analizar las políticas e instrumentos usados por los actores antes y después del cambio observado y definir las características de ese cambio, del que se podría inferir que se ha producido un cambio en los instrumentos y las políticas o un cambio en los métodos y estrategias de imponer las políticas e instrumentos a disposición.

Ejemplo de lo primero habría sido, por ejemplo, pasar de un sistema fiscal internacional formado por múltiples unidades de administraciones tributarias en régimen de igualdad cuyas relaciones están definidas por acuerdos bilaterales a un sistema jerárquico con una organización internacional a modo de administración fiscal internacional con autonomía para regular la materia. Otro ejemplo sería realizar un cambio del principio de tributación internacional sustentado en los principios de tributación en la fuente y residencia por un sistema de reparto de bases imponibles.

Ejemplo de lo segundo, cambiar los métodos de negociación de políticas e instrumentos para mejorar su implementación y convertirlos en más eficientes.

Del análisis del proceso de diseño y aplicación de políticas e instrumentos para luchar contra la evasión fiscal internacional que se inicia en este trabajo a partir de 1981, se observa que el cambio en las políticas e instrumentos de lucha contra la evasión fiscal internacional ha venido de la mano de un cambio en los métodos y estrategias elegidos por los actores para aplicarlas, lo que ha conllevado, en algunos casos, una transformación de la naturaleza propia de algunos actores.

No se aprecia, pues, un cambio de políticas e instrumentos que a lo largo del período permanecen prácticamente inalterables, sino que las mismas políticas e instrumentos que eran utilizados entonces siguen siendo utilizados ahora con diferentes estrategias de implementación.

Traemos aquí la Figura 4 que diseñaba los cambios desde 1981 a 2010, con el fin de comparar la forma de operar de todas las instituciones antes y después de FATCA, diferenciando formas de actuación a través de la toma de medidas y políticas y la asunción de dichas medidas por los diferentes actores así como los cambios producidos en las propias organizaciones y actores para adaptarse a un supuesto nuevo paradigma, y la completamos con el efecto de los cambios, para ver si estos

operan sobre los instrumentos o sobre las estrategias. En conclusión nos resulta la Figura 19 que mostramos a continuación:

Figura 19: Cambios de políticas e instrumentos - cambios de estrategia

Actor	1981-2010	2010 en adelante	Política o Instrumento y sus Características	Política o Instrumento y sus Características	Cambio de políticas o instrumentos	Cambio de estrategia
						SI:
EE.UU.	Caribbean Basin Beneficios Fiscales x Intercambio de Información Negociado con Gobiernos Geográficamente Limitada	FATCA Intercambio de información o penalización Impuesta a Instituciones Financieras Global Agresiva Implementación negociada con estados	No			- Elementos en la negociación - Interlocutores - Ampliación del espectro geográfico - Incremento de la agresividad - Globalidad
	Q1 Permiso para operar x Intercambio de Información Negociado con entidades privadas Demasiado Laxa No autentica medida contra evasión					SI: La Enmienda se adapta a FATCA al ampliar productos y sujetos Beneficiario efectivo
UE	Directiva del Ahorro Limitada a personas físicas Limitada en producto financiero Diferencias entre países: retención vs información Limitación geográfica	Directiva del Ahorro (Enmienda) Se extiende a personas jurídicas Se extiende en producto financiero Se elimina la posibilidad de retención ciega Se adapta a FATCA	No			
	CAM No negociada Alcance limitado					SI: - Se amplía la negociación buscando aceptación global - Se transforman las instituciones imparciales y multilaterales - Soft Law
OCDE	CFD Intrusiva Parcial - No Equitativa No negociada Sin estándares aceptados Sin participación de países No OCDE	Reactivación CAM Trabajo en estándares aceptados Negociación Equitativa Aceptación Global Real Soft Law	No			
	AII Medida no efectiva por si sola Amplio alcance pero mal enfocado					
Todos los países	CDI 1968: 397 1973: 486 1983: 741 1993: 1219 1998: 1582 2004: 2019	CDI 2011: 2976	No			No: Pero se amplía la red de CDI y AII favoreciendo la aplicación de las nuevas políticas e instrumentos
	AII 2002-2007: 23	AII 2011: 518				

Fuente: Elaboración propia

De esta forma, dentro de las medidas unilaterales, siendo el actor analizado los EE.UU., observamos que la naturaleza de políticas e instrumentos de lucha contra la evasión fiscal de mediados de los años ochenta se mantienen a principios del siglo XXI y se copian en el último instrumento lanzado en 2010, la ley FATCA. En todas y cada una de estas políticas el objetivo era la obtención de información fiscal de contribuyentes estadounidenses a cambio de ciertas concesiones.

El cambio de estrategia se observa al elegir un destinatario de sus propuestas más sensible a la propuesta realizada por el tesoro estadounidense. Cambiando los países (que utilizarán el mecanismo de defensa de la soberanía fiscal y cuyas capacidades de obtención de la información fiscal son más restringidas) por entidades financieras (más fáciles de someter al operar dentro de las fronteras de los EE.UU., tener protocolos más desarrollados de obtención de la información y con baja capacidad de oposición debido a la reputación del sector) obtiene una mejor acogida, que refuerza con un cambio decisivo de la concesión: ya no es más la concesión de un beneficio sino la exoneración de soportar una retención con carácter sancionador.

En definitiva se altera la naturaleza del instrumento convirtiéndolo en más agresivo. Esta capacidad de los Estados de imponer normativas domésticas agresivas de lucha contra la evasión fiscal internacional se convertirá en un fundamento del sistema fiscal internacional sobre el que podrán asentarse otras políticas e instrumentos cooperativos y multilaterales.

La importancia económica del sector financiero unido a posibles violaciones de normas domésticas y el interés de los países en un instrumento de intercambio de información automático que correctamente desarrollada puede ofrecerle beneficios, derivó la implementación de la norma hacia soluciones intergubernamentales.

Esta forma de implementación, llegando a acuerdos de implementación (que fueron diseñados multilateralmente) en desarrollo de cláusulas de convenios y acuerdos previamente firmados entre los Estados sí puede considerarse novedosa.

Queremos hacer mención a otras medidas unilaterales que se han producido recientemente y que sí pueden suponer una técnica novedosa en la lucha contra la

evasión y la elusión internacional. Nos referimos al “*Diverted Profit Tax*”³⁹⁶ aprobado recientemente por el parlamento del Reino Unido y que pretende hacer tributar a multinacionales por beneficios no localizados mercantilmente en el territorio pero que se consideran generados allí a criterio de la administración tributaria. Sin duda una medida polémica que incide en la agresividad de las medidas unilaterales³⁹⁷ y que sí supondría un cambio en las políticas e instrumentos hasta ahora utilizados e incluso en los principios de fiscalidad internacional al dejar de lado los principios de la fuente o la residencia para pasar a hacer tributar rentas internacionales en función de estimaciones de la propia administración tributaria.

En las medidas bilaterales no se observan cambios sustantivos a lo largo del período analizado, más allá de las propias evoluciones del Modelo de CDI o de la introducción en 2002 del Modelo de AII que fue desarrollado por la OCDE junto con representantes de territorios señalados poco antes como no cooperadores. Los instrumentos han continuado siendo los mismos diseñados hace ahora casi un siglo y que se definen en acuerdos bilaterales para regular los conflictos derivados de la obtención de rentas de contribuyentes de un país en el territorio del otro, y que están diseñados, por regla general, para solventar la doble imposición antes que la doble no imposición. No obstante, ambos Modelos regulan el intercambio de información y sobre ellos se sustentará la implementación de FATCA como desarrollo de tales cláusulas convencionales.

La novedad podría radicar en la extensión de la red de convenios y acuerdos de intercambio de información que encontramos actualmente frente a la existente al inicio del periodo analizado. Como se muestra en el cuadro del capítulo, de 741 CDI en 1983 se ha pasado a 2976 en la actualidad. Más interesante es la evolución de los AII, teniendo en cuenta que estos se llevan a cabo con jurisdicciones y territorios que por regla general cumplen las características de paraíso o CFO, y que no existir prácticamente a inicios de los años ochenta, reinventarse en la primera década del siglo XXI, se ha pasado a una red de 518 AII Modelos OCDE firmados a septiembre de 2015.

³⁹⁶ *Finance (No. 2) Bill (HC Bill 193), Part 3 Diverted Profit Tax* (UK Parliament, 2015).

³⁹⁷ Los planteamientos de Itai Grinberg: “...*combined cooperation with a very aggressive unilateral component*” (Washington University Journal of Law & Policy, 2014) o Palan y Wigan con su “*not in my backyard*” (Palan & Wigan, 2014) son plenamente aplicables a estos casos de normativas domésticas con componente extraterritorial agresivas soportadas sobre bases de cooperación multilaterales amplias.

Pueden considerarse dentro de las medidas bilaterales los acuerdos intergubernamentales de FATCA, lo cual sí supondría una novedad, que preferimos catalogar como novedad de implementación de medidas unilaterales antes que como medida bilateral pura.

Por último, con respecto a las medidas multilaterales no observamos tampoco novedades en las políticas e instrumentos: las campañas e instituciones siguen teniendo la misma naturaleza de las existentes a finales de los años ochenta cuando la CAM vio la luz o los primeros informes de la OCDE observaban comportamientos y recomendaban políticas fiscales internacionales de lucha contra la evasión fiscal internacional.

Como hemos puesto de manifiesto, sí existe una novedad en los métodos y estrategias, incluso en la propia forma de la OCDE que se ha adaptado a las necesidades de la globalización mediante una apertura de sus instituciones y el desarrollo de procesos cooperativos e inclusivos. El Foro Global y la CAM son ejemplo de esta evolución institucional como lo es el nuevo marco de cooperación y negociación de políticas fiscales de implementación de políticas internacionales relacionadas con el intercambio de información y la asistencia administrativa, que sin duda deberían jugar un papel fundamental en la negociación de medidas de mayor trascendencia legislativa y de planificación fiscal como son las BEPS.

3. CONSIDERACIONES FINALES

Régimen fiscal internacional emergente

El intercambio automático de información se convierte en régimen fiscal internacional emergente como consecuencia de la ley FATCA y la continuidad de su propuesta por parte de la UE y la OCDE.

FATCA se comporta como uno de los elementos de cambio del sistema. Una norma unilateral de carácter coactivo, que permite a la OCDE volcarse en mecanismos cooperadores y globales sin necesidad de carga coactiva. De esta forma la OCDE desarrolla una plataforma multilateral que puede combatir más eficientemente la lucha contra la evasión fiscal internacional mediante el desarrollo de unos estándares de intercambio automático de información.

Una aceptación casi global de los estándares del intercambio automático de información por parte de entidades financieras y países convierten tal instrumento en

una especie de obligación legal (“*opinio iuris*”) generalmente aceptada, en la línea de otras ya establecidas en el sistema fiscal internacional como la jurisdicción, no discriminación, valor de mercado, o deducciones y créditos fiscales.

Evolución de métodos y estrategias de las políticas fiscales internacionales

Los actores del régimen fiscal internacional han evolucionado a lo largo del período de tiempo analizado en este trabajo. La mayor evolución se observa en la OCDE, transformándose de una institución creada para dirigir designios de sus Estados miembros a una organización con alta experiencia profesional en materia de fiscalidad internacional que se ha ganado cierta independencia de sus miembros, que mantiene una agenda propia en el desarrollo de las políticas fiscales internacionales y sobre todo ha sabido obtener el apoyo de los países no miembros de la institución y a la vez hacerlos partícipes de sus políticas convirtiéndose en una organización global capaz de diseñar e implementar las políticas globales necesarias para enfrentar una problemática como la evasión fiscal internacional.

Superación de los efectos restrictivos mediante el desarrollo de elementos de contrapeso

El sistema fiscal internacional, como conjunto de reglas o principios derivados principalmente de políticas e instrumentos procedentes de países y organizaciones supranacionales e internacionales que pretenden regular las relaciones internacionales en materia fiscal, se ha encontrado con limitaciones en la aplicación de las políticas e instrumentos de lucha contra la evasión fiscal internacional.

Tras varias décadas fracasando en la aplicación de medidas de limitación de la evasión fiscal, debido principalmente a los efectos restrictivos derivados de la soberanía, la propia naturaleza de las instituciones, la desigualdad de los países o la globalización, el sistema parece encontrar medidas de contrapeso (desagregación de la soberanía, cooperación, estándares básicos y nuevos foros) que pueden permitir la aplicación exitosa de políticas e instrumentos fiscales de lucha contra la evasión fiscal internacional.

Cambio de estrategia vs. Cambio de políticas e instrumentos

Como hemos señalado, el cambio que se ha producido en las políticas de lucha contra la evasión fiscal internacional se configuran como cambios en las estrategias de implementación antes que como creación o diseño de nuevas políticas e instrumentos.

Los tres actores principales continúan dando valor a las instituciones e instrumentos usados desde el origen de la lucha contra la evasión fiscal internacional maniobrando a través de diferentes configuraciones de los propios instrumentos y nuevas relaciones con agentes privados y administraciones para convertir aquellos instrumentos en mecanismos eficientes. No se ha producido en esta evolución un cambio de instrumentos sino un rediseño de los mismos.

CAPÍTULO VII: CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES CRÍTICAS

1. ANÁLISIS DE LOS DATOS

El método utilizado en esta tesis ha sido el de investigación cualitativa en el ámbito jurídico y político internacional. Similar al análisis de contenidos, el proceso de investigación legal supone el análisis de documentos. Este análisis de contenidos legales y políticos implica una meticulosa búsqueda y sistematización de fuentes primarias y secundarias como tratados, acuerdos e informes de organizaciones internacionales, así como de estudios e investigaciones cuantitativas y cualitativas sobre los mismos. La investigación aquí realizada acarrea el análisis y evaluación de precedentes históricos y contemporáneos con la finalidad de, una vez sistematizada toda la literatura contenida en esta investigación, realizada la exploración de los fenómenos y actores o grupos de actores participantes, se obtengan unas bases que permitan comprender la corriente actual así como la convención e intercambio de políticas y compromisos que nos permitan concluir sobre las soluciones y los indicios sobre futuras decisiones en política fiscal internacional en materia de evasión fiscal.

Las principales fuentes primarias analizadas han sido los informes y las normas de los EE.UU., la UE y la OCDE de lucha contra la evasión fiscal internacional desde inicios de la década de 1980, tomando como hito que marca el inicio del análisis de este trabajo el Informe Gordon de 1981, y concluyendo con las últimas resoluciones del IRS, como elementos formales de la implementación de FATCA, las Directivas 2014/117 y 2014/48 de la UE y los informes de la OCDE sobre estándares de intercambio de información automática de 2014.

Las principales fuentes secundarias han sido los trabajos académicos sobre las fuentes primarias comentadas y sobre la política y gobernanza global en el campo de la fiscalidad internacional. La estancia del doctorando como investigador invitado de la Harvard Law School durante los cursos académicos 2014-2015 y 2015-2016 le ha servido para ahondar en la naturaleza de la norma FATCA y en los trabajos de los académicos sobre esta y sus efectos. El acceso no solo a la vasta amplitud de la bibliografía ofrecida por esa universidad, sino también a académicos muy vinculados al desarrollo de la norma FATCA y sus consecuencias han sido fundamentales en el devenir del presente trabajo.

2. CONCLUSIONES DEL ANÁLISIS

Se ha producido un cambio en el sistema fiscal internacional de lucha contra la evasión fiscal a raíz del hito marcado por FATCA. Este cambio ha tenido lugar gracias al éxito de implementación de la norma, que se ha impuesto a pesar de ser una norma unilateral muy exigente con un diseño que se ha catalogado en algunos casos como excesivo y que ha concluido en una estrategia agresiva para entidades financieras (e incluso gobiernos y administraciones tributarias) de informar al IRS. Es importante poner de manifiesto cómo el compromiso y la cooperación internacional han reforzado la aplicación de la norma de forma amplia. Pero este compromiso y cooperación han tenido un segundo efecto sobre los “otros” actores del sistema, la OCDE y la UE, que han imitado aspectos técnicos y políticos de la norma FATCA y se han servido del éxito de ésta para desarrollar sus propios sistemas de intercambio automático de información, consolidando así, no solo el intercambio automático de información como estándar ampliamente aceptado sino que han provocado asimismo un cambio en la estrategia de políticas fiscales que permite a los actores, mediante estas nuevas formulaciones, superar obstáculos que tiempo atrás lastraban e incluso derribaban sus intentos de contener la evasión fiscal internacional.

A raíz de todo lo anterior, podemos concluir:

La evasión fiscal internacional se configura como un conflicto de oportunidad que se intenta corregir por el equilibrio de la asimetría mediante el intercambio de información fiscal

La oportunidad que ofrece el sistema fiscal internacional es aprovechada por aquellos contribuyentes que disponen de medios suficientes, castigando al resto a soportar un incremento de la presión fiscal. Ciertamente del análisis de la formación de los paraísos fiscales y CFO, de su estructura y uso por parte de contribuyentes se concluye que la configuración del fenómeno *offshore* está diseñada para permitir a las multinacionales y a los grandes patrimonios, apoyados por servicios de asesoría fiscal solo accesibles a éstos, hacer uso de las oportunidades que un sistema asimétrico de fiscalidad internacional les ofrece. Esto repercute a su vez en el abusivo vuelco de la recaudación fiscal hacia las modalidades con menos capacidad de deslocalización, principalmente trabajo y consumo, que afecta a las clases medias y bajas.

La oportunidad deriva pues de la asimetría del sistema. El contribuyente obtiene beneficios en jurisdicciones con sistemas fiscales propicios que permiten las operaciones evasoras o que directamente renuncian a recaudar impuestos y que además ofrecen la ocultación de información a la administración tributaria que debería someterlos a tributación. El problema se plantea sobre la siguiente dicotomía, (i) no permitir a las jurisdicciones que esos contribuyentes realicen las operaciones que les reportan los beneficios sin costes fiscales, lo cual exige un cambio de sus normativas fiscales golpeando en lo más profundo de su soberanía legal o (ii) exigir a las jurisdicciones que favorezcan el suministro de información fiscal de forma automática por las operaciones realizadas por estos contribuyentes, lo que puede interpretarse como una solicitud de colaboración, asistencia y cesión de soberanía administrativa, que además, en caso de ser recíproca minimiza el menoscabo de la soberanía.

La primera solución, cuyo mejor ejemplo es la campaña de competencia fiscal dañina lanzada por la OCDE en 1998, mostró la incapacidad de la organización internacional y los países desarrollados de poder cambiar la voluntad de los paraísos fiscales y CFO, que se ampararon en el escudo de la soberanía nacional e interpelaron acertadamente a la (desacertada) retórica construida por la OCDE y sus miembros a los que acusaron de amenazadores, elitistas e imperialistas.

La segunda solución, que ha venido de la mano de los EE.UU., es el que ahora se está poniendo en práctica, y por el grado de aceptación y alcance, se puede inducir un cambio en el funcionamiento de la mecánica *offshore* que podría concluir en una limitación de la oportunidad de evadir por la reducción de espacios disponibles para los evasores como resultado de la ampliación de la red y de la regular distribución de la información fiscal entre las administraciones tributarias. La percepción por los contribuyentes de la reducción de los espacios *offshore* aprovechados por multinacionales y por lo contribuyentes con altos patrimonios y altas rentas para evitar pagar su parte concluiría en una mayor conciencia tributaria de toda la ciudadanía.

Se consolida el intercambio automático de información que se erige como régimen fiscal o principio básico

Los EE.UU. han mostrado desde los años ochenta un interés extraconvencional en el intercambio de información fiscal internacional. Primero intentó alcanzar acuerdos de intercambio de información con los territorios de su entorno, que eran los que preferiblemente usaban multinacionales y grandes patrimonios estadounidenses para ocultar y evadir, posteriormente a través de la exigencia de información fiscal a las entidades financieras que operasen en los EE.UU. o con sus contribuyentes. No obstante, el desarrollo de instrumentos de intercambio de información y otros mecanismos limitadores de la evasión fiscal internacional se han repetido desde entonces sin éxito, no llegando en ninguno de los casos a convertirse en una regla común aceptada y mucho menos han sido capaces de constreñir el aumento de la evasión fiscal *offshore*: la utilización de espacios *offshore* y la consiguiente evasión fiscal ha crecido entre los años ochenta y la primera década del siglo XXI.

Los esfuerzos de los actores por limitar la evasión fiscal durante ese período fracasan debido a alguna de estas razones: el limitado alcance (geográfico o material) de los instrumentos, la oposición razonada de países y jurisdicciones o la laxitud de las medidas. Todo esto deriva en un sistema incapaz de contener la evasión fiscal internacional.

El fracaso sin paliativos de las fórmulas intrusivas, y la conciencia adquirida de que la configuración del derecho internacional impide transitar esa vía, hace que se vislumbre el intercambio de información como la solución preferida. El intercambio de información, de forma directa o derivada, había estado presente en todos los intentos de limitar la evasión fiscal internacional y se observó como solución óptima y realizable al significar, por una parte, una rebaja sobre las exigencias a los Estados soberanos, lo que conllevaría una reducción de las tensiones soberanistas posibilitando su aplicación, y por otra, la posibilidad de aglutinar, en torno a unos estándares básicos, a una multitud de países, lo que se podría traducir en un amplio alcance.

Dos elementos fundamentales aumentan las capacidades del intercambio de información como instrumento restrictivo de la evasión fiscal: (i) el intercambio de información debe ser automático, inicialmente sobre los productos financieros y sus

rendimientos, como refugio natural de la riqueza; y (ii) el intercambio de información debe consolidarse como régimen o principio fiscal a través de plataformas multilaterales que: (a) permitan la negociación de estándares que puedan ser asumidos por la mayoría; (b) permitan el patrocinio de soluciones técnicas y humanas para los países menos desarrollados; y (c) permitan una mayor y más rápida propagación e implementación de las medidas.

FATCA marca un hito que justifica el cambio querido por los países desarrollados

FATCA marca un hito a partir del cual se produce un cambio en el sistema fiscal de lucha contra la evasión fiscal internacional. Pero además, si analizamos la inmediata reacción del G5 europeo y del G20 mundial, aceptando por un lado la aplicación de FATCA en sus territorios y proponiendo además la solución FATCA a sus propias estructuras (léase UE u OCDE) se percibe FATCA como resorte del lanzamiento de una querida etapa de cambio en las políticas de lucha contra la evasión fiscal internacional.

FATCA otorga a los países y organizaciones internacionales argumentos para dirigir un cambio que era buscado desde el fracaso de la campaña de competencia fiscal dañina y la subsiguiente etapa de negociación de acuerdos de intercambio de información, tan forzosa como ineficiente.

FATCA finalmente permite a los Estados desarrollados entrar en una dinámica no rogada (esto es, obligada y automática) de intercambio de información, abrir la posibilidad de incrementar cualitativa y cuantitativamente los procesos de intercambio de información que ya existían y justificar el desarrollo de nuevas soluciones multilaterales de intercambio automático de información por parte de los países y de las organizaciones internacionales.

En conclusión, FATCA aúna voluntades en torno al intercambio automático de información, postula soluciones operativas a través del compromiso de las entidades financieras y las administraciones tributarias, que serán aprovechadas por las plataformas multilaterales, y alumbra, en fin, un nuevo elemento del régimen fiscal internacional que pretende ser transformado en principio básico informador de las reglas de la fiscalidad internacional.

El cambio además se intuye en las transformaciones del sistema, principalmente en la incorporación de las dinámicas del *soft law* y la valoración positiva del *expertise*

como camino para desarrollar políticas fiscales y la transformación de la principal organización internacional en la materia hacia un auténtico foro inclusivo en el que se encuentran y negocian expertos de una red de países con suficiente amplitud para llevar a cabo una suerte de regulación internacional.

Los actores principales han demostrado resiliencia ante los efectos restrictivos

Ciertamente la superación de los obstáculos es una de las conclusiones del trabajo de esta tesis. Del análisis de las políticas e instrumentos fiscales para luchar contra la evasión fiscal internacional aplicados por los actores del sistema con anterioridad a FATCA se infirieron una serie de limitaciones que impedían su aplicación eficiente. Unas y otros chocaban con una serie de limitaciones que la naturaleza propia de la fiscalidad internacional expresa, como son: (i) la soberanía fiscal de las jurisdicciones como núcleo de sus soberanías legales que otorga a las mismas la potestad de elaborar y aplicar sus propias normas tributarias y que choca con la pretensión de los actores de fiscalidad internacional de exigir cambios legales y procedimentales en las normativas internas de las jurisdicciones para limitar los escenarios proclives a la evasión fiscal internacional; (ii) la globalización de todas las áreas de la vida gracias a las tecnologías, que afecta a la economía y con ella los impuestos haciendo mucho más cotidiano el fenómeno *offshore* y más asequible la interacción entre los contribuyentes y las plataformas que propician la evasión fiscal a las que las soluciones tradicionales de la fiscalidad internacional no puede dar solución; (iii) la desigualdad entre los países que provoca, por una parte que los países con economías menos desarrolladas practiquen la competencia fiscal y por otra, que las diferencias entre los sistemas fiscales y las administraciones tributarias de países desarrollados y en desarrollo partan en desventaja a la hora de diseñar políticas o negociar instrumentos; y (iv) que las organizaciones internacionales que han tomado el pulso a la lucha contra la evasión fiscal solo representan a un grupo de países desarrollados.

El proceso de selección, organización, revisión y análisis crítico de la literatura nos ha permitido concluir que se están dando una serie de cambios estratégicos, reformulaciones de políticas y transformaciones de las instituciones que conforman un avance del sistema fiscal internacional en el intento de superar las restricciones que sufre la lucha contra la evasión fiscal *offshore*. Estas soluciones serían: (i) la consideración de las soberanías fiscales como reducto inatacable de las jurisdicciones y el diseño de soluciones en torno a la asistencia administrativa recíproca no

susceptible de atentar contra la soberanía legal; (ii) la inclusión cuasi global de todos los países en la participación del diseño y la aplicación de las soluciones; (iii) la adaptación de las negociaciones sobre políticas e instrumentos a estándares básicos capaces de ser aprehendidas y capaces de aplicar por los diferentes países; y (iv) la transformación de las organizaciones en foros globales.

La conclusión es la adaptación del sistema fiscal internacional y sus actores, capaces de interpretar las limitaciones y buscar soluciones mediante el cambio y la transformación de sus capacidades y naturaleza.

Se alumbra un nuevo régimen fiscal internacional sustentado en un nuevo equilibrio en los instrumentos

La lucha contra evasión fiscal internacional se sustenta ahora sobre bases sólidas en forma de estándares de intercambio de información que están siendo aceptados a nivel global y se configura como un naciente régimen fiscal internacional e iniciativas de lucha contra actividades evasivas más complejas. Desde el punto de vista de los actores, los métodos varían entre medidas unilaterales agresivas (FATCA, *Diverted Profit Tax*), más espontáneas, y multilaterales negociadas ampliamente siguiendo métodos propios del *soft law* y de las redes internacionales de regulación, más maduras.

Los cimientos contruidos gracias a la concomitancia de los principales actores de la fiscalidad internacional en la lucha contra la evasión fiscal a través del intercambio automático de información, como medida en expansión, permite a los actores desarrollar nuevos proyectos de lucha contra operaciones y planificaciones de evasión fiscal internacional. En este nuevo escenario encontramos el desarrollo del proyecto BEPS por parte de la OCDE que entra en el corazón de las prácticas empresariales de evasión impositiva internacional. Es difícil imaginar una medida de estas características sin el proceso de transformación que se ha producido en la fiscalidad internacional.

Sin duda el sistema fiscal internacional ha girado hacia una simetría más cooperativa y comprometida en la lucha contra la evasión fiscal, lo que permite dar mayor profundidad a las políticas fiscales mediante una mayor exigencia a los agentes, bien sean estos contribuyentes o administraciones tributarias.

Además de los cambios en las políticas fiscales consideramos conveniente dar valor en esta evolución al trabajo de las plataformas civiles, de las organizaciones no gubernamentales y sobre todo del periodismo de información, que a través de sus revelaciones públicas, principalmente en medios y redes digitales con gran amplitud, han llevado la información sobre los mecanismos y los usuarios de las estructuras *offshore* a ciudadanos, administraciones tributarias y gobiernos, creando debate, generando conciencias a favor de la lucha contra la evasión fiscal *offshore* y posiblemente provocando alguno de los cambios sustantivos de políticas que durante el proceso explicado en esta tesis se han expuesto. La reflexión, el entendimiento y la disposición de la sociedad civil, extendida a las administraciones y al poder político, de entender la evasión fiscal *offshore* como un problema real y la necesidad de combatirlo es un elemento fundamental del equilibrio cosechado.

Por último incluimos una consideración crítica antes que una conclusión y que tiene su razón de ser en la reflexión sobre la singularidad de un país como los EE.UU., su trascendencia internacional y la actualidad política. La consideración sería la siguiente:

La lucha contra la evasión fiscal internacional debe sustentarse sobre una retórica inatacable para evitar la retirada de apoyo de los países por razones puramente políticas

En el análisis de documentación hemos incluido una parte relativa a los poderes políticos de los EE.UU. como consecuencia de la conexión constatada entre cierta doctrina política existente en aquel país y la traslación al espectro fiscal internacional, específicamente puesta de manifiesto en la retirada de apoyo y consiguiente fracaso de la campaña de competencia fiscal dañina.

Comprobamos como ideólogos de grupos de presión política (*lobbies* o *think tanks*) propugnan, en base a teorías económicas liberales, la retirada de la participación de los EE.UU. en la cooperación internacional por ver tales actuaciones intervencionistas y coactivas de la libre competencia que defienden.

En nuestra opinión, nada tiene que ver la evasión de impuestos con la libre competencia o la desregulación de los mercados defendida por estos grupos. La lucha contra la evasión fiscal es un principio de justicia social que debe ser protegido por todos los países con independencia del modelo económico y político, más social o

más liberal, que democráticamente decidan seguir sus ciudadanos. La evasión fiscal tiene que ver con que cada contribuyente pague su parte, evitando desequilibrios que nos den un cuadro de contribuyentes privilegiados frente a otros desafortunados, en ningún caso deseable, pero desgraciadamente real hoy en día. Además de la justicia social tributaria, una eficiente lucha contra la evasión fiscal nos traerá mayores capacidades presupuestarias, que los gobiernos decidirán en qué y cómo invertir, y sin que en ningún caso sea un recurso para mantener Estados subsidiados, sino para evitar pérdidas injustas e inapropiadas de recaudación tributaria.

Siendo la fiscalidad internacional un campo que requiere de la cooperación entre los países, y a todas luces es necesario el apoyo de los países más relevantes, no se puede entender una política global sin los EE.UU.

Los grupos políticos que pretenden la salida de los EE.UU. de los proyectos globales de lucha contra la evasión fiscal son conscientes de esto y su objetivo consiste en precisamente en provocar la caída de las campañas a través de la retirada de apoyo de los EE.UU. Podemos prever que un cambio en la presidencia de los EE.UU. podría dar al traste con los avances de los últimos años. Una retirada de FATCA y un revés a la campaña BEPS supondrían volver a una situación desequilibrada de lucha contra la evasión fiscal al estar EE.UU. fuera de la CAM y no participar por tanto en los procesos de intercambio de información automático que se están implementando actualmente por la OCDE. Si bien FATCA y CAM suponen una dualidad no deseada, al menos la dualidad se da en un juego similar, el intercambio de información, y en cierto punto un intercambio de información recíproco. Dejar a las multinacionales de los EE.UU. operar fuera de las reglas del intercambio de información al que quedarían sometidas el resto de países implicaría una espiral de desconfianza que daría al traste con los avances de los últimos años.

El equilibrio por tanto se prevé frágil y sobre todo dependiente de una variable no controlada por los actores de la fiscalidad internacional, unas elecciones presidenciales.

Por lo anterior se antoja necesario que la OCDE, como principal foro de fiscalidad internacional debe hacer valer las características de las redes internacionales de regulación y aplicar los principios que están rigiendo la política global, para desde el *expertise* y la competencia técnica, sin mochila política a cuestas, diseñar un discurso

de valores de lucha contra la evasión fiscal internacional, lo suficientemente amplio y neutro que lleve a todas las administraciones tributarias de todos los países cooperadores a considerar los aspectos básicos como irrenunciables. El Tesoro de los EE.UU. tendría difícil aceptar una renuncia a su norma FATCA o al apoyo a la OCDE y al resto de países desarrollados en su lucha contra la evasión fiscal internacional si los argumentos de los expertos son inatacables.

3. LIMITACIONES DEL ESTUDIO

El trabajo de esta tesis se ha limitado a la comprobación del efecto producido por FATCA en las políticas e instrumentos internacionales de lucha contra la evasión fiscal. El sistema fiscal internacional evoluciona por múltiples variables (la globalización, la digitalización, la economía y política internacional, etc.), nosotros nos centramos en los cambios que se constatan en la lucha contra la evasión fiscal, y en los que observamos alguna razón causal con FATCA.

A tal efecto el análisis se limita al estudio de las normas emanadas desde los EE.UU. como país objeto de estudio, a las Directivas y demás normativa comunitaria emanada de la UE en relación con la evasión fiscal y los informes y recomendaciones de la OCDE en su capacidad de foro principal de la fiscalidad internacional. Estos tres actores centran el análisis de este trabajo.

En relación con las políticas e instrumentos se analiza su naturaleza y aplicación así como las reacciones de los países, buscando principios informadores que puedan ser comparados antes y después del punto de inflexión que pueda significar FATCA sin atender a análisis de eficacia de las normas o recomendaciones. A partir de ahí se extraen los cambios resultantes sobre la forma de diseñar y aplicar políticas y se infieren las conclusiones aquí expuestas.

4. FUTURAS LINEAS DE INVESTIGACIÓN

Creemos que existen bastantes extensiones para este trabajo, así, el marco subyacente del método de comparación de políticas e instrumentos en la determinación de una evolución o cambio en el sistema de políticas e instrumentos fiscales de lucha contra la evasión fiscal internacional aquí utilizado se podría generalizar y aplicar a otros campos dentro la materia como por ejemplo las campañas de erosión y deslocalización de bases imponibles o la competencia fiscal perniciosa.

Igualmente, y debido a la inmediatez de un instrumento unilateral como el *Diverted Profit Tax*, no se ha incluido en esta tesis un análisis de su influencia sobre el sistema fiscal internacional, que sin duda, una vez asentada la norma sería un campo de estudio interesante puesto que puede conllevar un importante cambio en las estrategias de los países en la fiscalización de los beneficios de las multinacionales.

Por supuesto como futura línea de investigación resulta obligatorio el análisis detallado del desarrollo de la puesta en funcionamiento de los mecanismos de intercambio de información, bien a través de FATCA, cuya primera entrega de información ya ha sido realizada, como a través de las enmendadas Directivas europeas del Ahorro y de Asistencia Mutua y por supuesto del instrumento multilateral de la OCDE a través de su Convención Multilateral, su sustento legal el Acuerdo de Autoridades Competentes y su desarrollo técnico mediante el Estándar Común de Intercambio. Además del análisis de implementación y las reacciones de los países resultaría necesario un análisis de eficiencia de la medida que permitiera comparar el intercambio automático de información con el intercambio bajo requerimiento y su efecto en la disuasión y previsible reducción de la evasión fiscal internacional.

Por último consideramos una línea de investigación propicia y muy apropiada a este momento aquella que estudiase la construcción de una retórica que los expertos en fiscalidad de las organizaciones internacionales y administraciones tributarias debieran utilizar para conseguir un compromiso irrenunciable de todas las administraciones tributarias para convertir algunas de las políticas e instrumentos de lucha contra la evasión fiscal internacional en recursos irrenunciables y en definitiva en principios de fiscalidad internacional. Dicha investigación debería fundamentarse en los precedentes históricos, el análisis y la definición metódica de la problemática, el estudio de los recelos de los países y el diseño de una aplicación neutra y práctica de políticas e instrumentos de limitación de la evasión fiscal internacional que sin perjudicar el desarrollo de una competencia fiscal justa sirva para construir un sistema fiscal más justo sin vencedores ni vencidos.

Bibliografía

- Public Law 111-147—Mar. 18, 2010 (2010).
- Abbott, Kenneth W., Keohane, Robert O., Moravcsik, Andrew, Slaughter, Anne-Marie, & Snidal, Duncan. (2000). The Concept of Legalization. *International Organization*, 54(3), 401-419. doi: 10.1162/002081800551271
- Abbott, Kenneth W., & Snidal, Duncan. (2000). Hard and Soft Law in International Governance. *International Organization*, 54(3), 421-456. doi: 10.1162/002081800551280
- Alexander, Maurice. (2008). The 'necessary myth' of globalization: The Washington Consensus and the limits of neoliberalism.
- Allingham, Michael G., & Sandmo, Agnar. (1972). Income tax evasion: a theoretical analysis. *Journal of Public Economics*, 1(3), 323-338. doi: 10.1016/0047-2727(72)90010-2
- Alm, James, & Finlay, Keith. (2013). Who Benefits from Tax Evasion? (Vol. 43, pp. 139-154).
- Alm, James, Kirchler, Erich, & Muehlbacher, Stephan. (2012). Combining Psychology and Economics in the Analysis of Compliance: From Enforcement to Cooperation (Vol. 42, pp. 133-151).
- Alm, James, Sanchez, Isabel, & De Juan, Ana. (1995). Economic and Noneconomic Factors in Tax Compliance. *Kyklos*, 48(1), 1-18. doi: 10.1111/j.1467-6435.1995.tb02312.x
- Ambrosanio, Maria Flavia, & Caroppo, Maria Serena. (2005). Eliminating harmful tax practices in tax havens: defensive measures by major EU countries and tax haven reforms. *Canadian Tax Journal*, 53(3), 685-719.
- Antonides, Gerrit, & Robben, Henry S. J. (1995). True positives and false alarms in the detection of tax evasion. *Journal of Economic Psychology*, 16(4), 617-640. doi: 10.1016/0167-4870(95)00027-4
- Arribas Haro, Carmen. (2011). Los mercados financieros internacionales y su desregulación: competencia fiscal. *Cuadernos de Formación*, 226-271.
- Arrow, Kenneth J. (1971). *Essays in the Theory of Risk-Bearing*. Chicago: Markham Pub. Co.
- Tratado de Montevideo (1960).
- Avi-Yonah, Reuven S. (2000). Commentary. *Tax Law Review*, 53, 167-615.
- Avi-Yonah, Reuven S. (2007). Tax Competition, Tax Arbitrage and the International Tax Regime. *John M. Olin Center for Law & Economics*.
- Avi-Yonah, Reuven S. (2008). The OECD Harmful Tax Competition Report: a 10th Anniversary Retrospective. *Michigan Law*.
- Avi-Yonah, Reuven S., & Savir, Gil. (2014). IGAs vs. MAATM: Has Tax Bilateralism Outlived Its Usefulness? *University of Michigan Law School*.
- Avi-Yonah Testimony for Hearing in Offshore Tax Evasion US Senate Finance Committee, (2007).
- Barrett, Richard. (1997). Confronting tax havens, the offshore phenomenon, and money laundering. *The International Tax Journal*, 23(2), 12-42.
- Beard, Peter. (1986). Offshore financial centers in Caribbean Basin secrecy jurisdictions : current trends and developments in United States anti-tax haven policy. *Syracuse journal of international law and commerce*, 12(3), 520-551.

- Becker, Gary S. (1968). Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, 76(2), 169. doi: 10.1086/259394
- Behrens, Frederic. (2009). Using a Sledgehammer to Crack a Nut: Why FATCA Will not Stand. *Winsonsin Law Review*, 206-236.
- Bilicka, Katarzyna, & Fuest, Clemens. (2014). With which countries do tax havens share information? *International Tax And Public Finance*, 21(2), 175-197. doi: 10.1007/s10797-013-9267-y
- Bird, Richard M., & Zolt, Eric M. (2008). Technology and Taxation in Developing Countries: From Hand to Mouse. *National Tax Journal*, LXI, No. 4, Part 2, 791-821.
- Borrego Santiago, Margarita. (2010). Los Acuerdos de Intercambio de Información en España. *Instituto de Estudios Fiscales*.
- Bouma, Herman B. (2012). Eleven Reasons Why FATCA Must Be Repealed. *BNATax and Accounting Center*.
- Brodzka, Alicja. (2013). Fatca from the European Union perspective. *Journal of governance and regulation*, 2(3), 7-14.
- Brodzka, Alicja. (2014). The deadweight cost of implementation of the Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA). *Financial Sciences*, 21(4). doi: 10.15611/nof.2014.4.01
- Cameron, Angus, & Palan, Ronen. (2004). *The imagined economies of globalization*. London SAGE.
- Carbajo Vasco, Domingo, & Porporatto, Pablo. (2013). Los Últimos Avances en Materia de Transparencia e Intercambio de Información Tributaria. In CIAT (Ed.).
- CATO Institute. (2015). The BEPS Project: The OCDE, Tax Policy, and U.S. Competitiveness.
- CFA OECD. (2013). What Drives Tax Morale? *OECD*.
- Christians, Allison. (2010). Networks, Norms, and National Tax Policy. *Washington University Global Studies Law Review*, 9.1, 18.
- Christians, Allison. (2013a). The Dubious Legal Pedigree of IGAs (and Why It Matters). *Tax Analyst*, 69, 565-5868.
- Christians, Allison. (2013b). What You Give and What You Get: Reciprocity under a Model 1 Intergovernmental Agreement on FATCA. *Cayman Fin. Rev.*
- Christians, Allison. (2013c). Why FATCA Is A Tax Treaty Override? *LexisNexis*.
- CIAT. (2006). Manual CIAT para la Implantación y Práctica del Intercambio de Información para Fines Tributarios.
- Clausing, Kimberly A. (2009). Multinational Firm Tax Avoidance and Tax Policy. *National Tax Journal*, 62(4), 703-725.
- Commission of the European Communities. (1996). Taxation in the European Union. Brussels, 20.03.1996 SEC(96) 487 final.
- Congdon, William, Kling, Jeffrey R., & Mullainathan, Sendhil. (2009). Behavioral Economics and Tax Policy. *National Bureau of Economic Research*.
- Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses (2003).
- Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad (2011).
- Directiva 2014/48/UE del Consejo, de 24 de marzo de 2014, por la que se modifica la Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses (2014).
- Conclusions of the Ecofin Council Meeting (1997).

- Curtin, Dennis D. (1986). Exchange of information under the United States income tax treaties. *Brooklyn Journal of International Law*, 12(1), 35-72.
- Devereux, Michael P., Griffith, Rachel, & Klemm, Alexander. (2004). Why Has the UK Corporation Tax Raised So Much Revenue? *Fiscal Studies*, 25(4), 367-388. doi: 10.1111/j.1475-5890.2004.tb00543.x
- Dietsch, Peter, & Rixen, Thomas. (2014). Tax Competition and Global Background Justice *. *Journal of Political Philosophy*, 22(2), 150-177. doi: 10.1111/j.1467-9760.2012.00419.x
- Dizdarevic, Melissa A. (2011). The FATCA provisions of the HIRE Act: boldly going where no withholding has gone before.(Foreign Account Tax Compliance Act of 2009 (Draft), Hiring Incentives to Restore Employment Act of 2010). *Fordham Law Review*, 79(6), 2967-2994.
- Eccleston, Richard. (2011). Revolution or Evolution: Sovereignty, the Financial Crisis and the Governance of International Taxation. *Journal of Applied Law and Polocy*.
- Eccleston, Richard, & Gray, Felicity. (2014). Foreign Accounts Tax Compliance Act and American Leadership in the Campaign against International Tax Evasion: Revolution or False Dawn? *Global Policy*, 5(3), 321-333. doi: 10.1111/1758-5899.12122
- Eccleston, Richard, & Woodward, Richard. (2014). Pathologies in International Policy Transfer: The Case of the OECD Tax Transparency Initiative. *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, 16(3), 216-229. doi: 10.1080/13876988.2013.854446
- Eden, Lorraine , & Kudrle, Robert T. (2003). The Campaign Against Tax Havens: Will It Last? Will It Work? *J.L. Bus. & Fin.* 37.
- Eden, Lorraine, & Kudrle, Robert T. (2005). Tax Havens: Renegade States in the International Tax Regime?*. *Law & Policy*, 27(1), 100-127. doi: 10.1111/j.1467-9930.2004.00193.x
- Edwards, Jeremy, & Keen, Michael. (1996). Tax competition and Leviathan. *European Economic Review*, 40(1), 113-134.
- Escalona Ruiz, M Ángeles. (2009). Acuerdos internacionales de intercambio de información y asistencia mutua. *Instituto de Estudios Fiscales*.
- Escario Díaz-Berrio, José Luis. (2011). The Fight against Tax Havens and Tax Evasion. Progress since the London G20 Summit and the Challenges ahead. *Fundación Alternativas*.
- EU Commission. (2012). Commission welcomes US move to ensure enhanced international tax cooperation in a more business-friendly way.
- European Banking Federation (2010). [Re: Comments on Notice 2010-60 Providing Guidance on FATCA].
- Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE amending Directive 2003/48/EC on taxation of savings income in the form of interest payments (2008).
- Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on Concrete Ways to Reinforce the Fight Against Tax Fraud and Tax Evasion Including in Relation to Third Countries (2012).
- European Union. (2012). EU Savings Tax Rules and Savings Agreements with Third Countries: Frequently Asked Questions MEMO/12/353.
- Eurostat. (2012). Taxation trends in the European Union. *Taxation trends in the European Union*.

- Fuest, Clemens, Huber, Bernd, & Mintz, Jack. (2005). Capital mobility and tax competition.(Survey)(Brief article). *Foundations and Trends in Microeconomics*, 1(1).
- G5 Financial Ministers (2013, April 9, 2013). [Commissioner Algirdas Semeta].
- García Novoa, César (2015). Base erosion and profit shifting (BEPS) y sus implicaciones en los ordenamientos domésticos. *Nueva fiscalidad*(3), 45-78.
- García Segura, Caterina. (1992). La evolución del concepto de actor en la Teoría de las Relaciones Internacionales. *Papers : revista de sociologia*.
- García-Herrera Blanco, Cristina. (2001). *Precios de Transferencia y otras Operaciones Vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*: Instituto de Estudios Fiscales.
- Garst, Brian. (2015). Making Sense of BEPS: The Latest OECD Assault on Tax Competition.
- Genschel, Philipp, & Schwarz, Peter. (2011). Tax competition: a literature review. *Socio-Economic Review*, 9(2), 339-370. doi: 10.1093/ser/mwr004
- Gil Soriano, Alberto. (2012). Toward an Automatic but Asymmetric Exchange of Tax Information: the US Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) as Inflection Point. *Intertax*, 40(10), 540-555.
- Gilleard, Matthew. (2013). Information sharing: How and why it is increasing. *International Tax Review*, n/a.
- Gordon, Richard A. (1981). Tax havens and their use by United States taxpayers. An overview. *Intertax*, 6-7, 231-239.
- Gordon, Richard K. (2010). On the Use and Abuse of Standards for Law: Global Governance and Offshore Financial Centers. *North Carolina Law Review*.
- Goulder, Robert. (2000). Heritage Foundation criticizes OECD war against tax havens.(Organization for Economic Cooperation and Development). *Tax Notes*, 89(2), 193-195.
- Gravelle, Jane G. (2013). Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion. *Congressional Research Service*.
- Grinberg, Itai. (2012a). Anonymous withholding agreements and FATCA's future.(Foreign Account Tax Compliance Act). *Tax Notes*, 137(4), 413-416.
- Grinberg, Itai. (2012b). The Battle Over Taxing Offshore Accounts. *UCLA Law Review*, 304.
- Grinberg, Itai. (2012c). Beyond FATCA: An Evolutionary Moment for the International Tax System. *Georgetown Law. The Scholarly Commons*.
- Grinberg, Itai. (2013). Taxing Capital Income in Emerging Countries: Will FATCA Open the Door? *Georgetown Law. Faculty Publications*, 13-031.
- Groenland, Edward A. G., & Van Veldhoven, Gery M. (1983). Tax evasion behavior: A psychological framework. *Journal of Economic Psychology*, 3(2), 129-144. doi: 10.1016/0167-4870(83)90069-7
- Harvey, J. Richard. (2011). Offshore Accounts: Insider's Summary of FATCA and Its Potential Future. *Villanova Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, 57(3).
- Hemmelgarn, Thommas, & Nicodème, Gaëtan. (2009). Tax Co-ordination in Europe: Assessing the First Years of the EU-Savings Taxation Directive. *CESifo*.
- Hernández Viguera, Juan. (2010). *Los paraísos fiscales: cómo los centros financieros offshore socavan las democracias*.
- Hodge, Neil. (2014). The long reach of FATCA. *Legal Week*, 14.
- ICIJ. (2013). *Secrecy for Sale: Inside the Global Offshore Money Maze*.

- International Banking Federation (2010). [Re: The Foreign Account Compliance Tax Act].
- International Monetary Fund. (2000). Offshore Financial Centers IMF Background Paper.
- International Monetary Fund. (2014). Spillovers in International Corporate Taxation. In IMF (Ed.), *IMF Policy Paper*.
- International Tax Dialogue Conference. (2009). Financial Institutions and Instruments. Tax Challenges and Solutions. *International Tax Dialogue*.
- International Tax Review. (2012). Owens looks back on his time in office *International Tax Review*.
- Application Procedures for Qualified Intermediary Status Under Section 1441; Final Qualified Intermediary Withholding Agreement (2000).
- Jeffers, Agatha, Yang, James, Kleinfeld, Denis, & Linder, Carl. (2006). New Requirements for Tax Incentives in U.S. Possessions. *The International Tax Journal*, 32(4), 29-37.
- Jogarajan, Sunita. (2011). Prelude to the International Tax Treaty Network: 1815-1914 Early Tax Treaties and the Conditions for Action. *Oxford Journal of Legal Studies*, 31(4), 679-707. doi: 10.1093/ojls/gqr021
- Johannesen, Niels, & Zucman, Gabriel. (2012). The End of Bank Secrecy? An Evaluation of the G20 Tax Haven Crackdown. *Paris-Jourdan Sciences Economiques, Working Paper 2012-04*, 44.
- Kaye, Tracy. (2014). Innovations in the War on Tax Evasion. *Brigham Young University Law Review*, 2014(2), 363-413.
- Keen, Michael, & Ligthart, Jenny. (2006). Information Sharing and International Taxation: A Primer. *Int Tax Public Finan*, 13(1), 81-110. doi: 10.1007/s10797-006-3090-7
- Kennedy, David. (2016). *A world of struggle : how power, law, and expertise shape global political economy*: Princeton University Press.
- Keohane, Robert O. (2001). *The club model of multilateral cooperation and problems of democratic legitimacy*.
- Keohane, Robert O., & Nye, Joseph S. (2001). Between centralization and fragmentation: the club model of multilateral cooperation and problems of democratic legitimacy.
- King, Sharmila, & Sheffrin, Steven. (2002). Tax Evasion and Equity Theory: An Investigative Approach. *International Tax And Public Finance*, 9(4), 505-521. doi: 10.1023/A:1016528406214
- Kirchler, Erich. (2007). *The economic psychology of tax behaviour*: Cambridge University Press.
- Kirchler, Erich, Muehlbacher, Stephan, Kastlunger, Barbara, & Wahl, Ingrid. (2007). Why Pay Taxes? A Review of Tax Compliance Decisions. *IDEAS Working Paper Series from RePEc*.
- Kleven, Henrik, Knudsen, Martin B., Kreiner, Claus Thustrup, Pedersen, Søren, & Saez, Emmanuel. (2011). Unwilling or Unable to Cheat? Evidence From a Tax Audit Experiment in Denmark. *Econometrica*, 79(3), 651-692. doi: 10.3982/ecta9113
- Kohnstamm, Jacobb (2012). [Letter Ref. Ares(2012)746461 - 21/06/2012].
- Konieczna, Magda, & Powers, Elia. (2016). What can Nonprofit Journalists Actually do for Democracy? *Journalism Studies*, 1-17. doi: 10.1080/1461670X.2015.1134273

- Kosters, Bart. (2004). The United Nations model tax convention and its recent developments. *Asia-Pacific Tax Bulletin*, 5(1), 4-11.
- Krasner, Stephen D. (1982). Structural Causes and Regime Consequences Regimes as Intervening Variables. *University of Wisconsin Press*.
- Kudrle, Robert T. (2008). The OECD's harmful tax competition initiative and the tax havens : from bombshell to damp squib (Vol. 8, pp. 1-23).
- Kudrle, Robert T. (2009). Ending the Tax Havens Scandals. *Global Economy Journal*, 9(3), 13.
- Kudrle, Robert T. (2012). Governing economic globalization: the pioneering experience of the OECD.(Organization for Economic Cooperation and Development). *Journal of World Trade (Law-Economics-Public Policy)*, 46(3), 695.
- Kudrle, Robert T. (2014). The OECD and the International Tax Regime: Persistence Pays Off. *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, 16(3), 201-215. doi: 10.1080/13876988.2013.834642
- League of Nations. (1927). Double Taxation and Tax Evasion: Report Presented by the Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion.
- League of Nations. (1928). Double Taxation and Tax Evasion.
- Levin, Carl, & Coleman, Norm. (2006). Tax havens Abuses: the Enablers, the Tools and the Secrecy.
- Levin, Carl, & Coleman, Norm. (2008). Tax Haven, Banks and U. S. Tax Compliance. United States Senate: Permanent Subcommittee on Investigations (PSI).
- Martín Dégano, Isidoro, Herrera Molina, Pedro M., Martínez Giner, Luis Alfonso, Moreno González, Saturnina, Lampreave Márquez, Patricia, Calvo Vergez, Juan, . . . Olivares Olivares, Bernardo. (2014). Intercambio de Información y Medidas Fiscales de Efecto Equivalente. *IEF*.
- Martín Morata, Beatriz. (2009). Los acuerdos de intercambio de información. *Instituto de Estudios Fiscales*.
- Martínez Giner, Luis Alfonso (2012). El Fortalecimiento de la Obtención de Información Tributaria en el Ámbito Internacional: FATCA versus RUBIK. *Quincena Fiscal Aranzadi*, 19/2012.
- Martos Belmonte, Plácido. (2015). " FATCA", un hito en la lucha contra la evasión fiscal a nivel internacional y la base del nuevo modelo de intercambio automático de información fiscal. *Crónica Tributaria*(155), 133-155.
- Mathiason, Nick. (2009). Delaware: a tax haven in the heart of America *The Guardian*.
- McIntyre, Michael J. (2009). How to End the Charade of Information Exchange. *Tax Analyst. Tax Notes November 9, 2009*.
- Meinzer, Markus. (2013). Towards multilateral automatic information exchange. *Current practice of AIE in selected countries (Tax Justice Network 2012)*.
- Merino Espinosa, María del Prado, & Nocete Correa, Francisco José. (2011). El intercambio de información tributaria en el derecho internacional, europeo y español. *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*(6).
- Acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la implementación de la Foreign Account Tax Compliance Act - FATCA (Ley de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras), hecho en Madrid el 14 de mayo de 2013. (2014).

- Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes sobre intercambio automático de información de cuentas financieras, hecho en Berlín el 29 de octubre de 2014. (2015).
- Mitchell, Daniel. (2006). *Fiscal Policy Lessons from Europe*.
- Mitchell, Daniel (2000). OECD tax competition proposal: higher taxes and less privacy.(Organization for Economic Cooperation and Development). *Tax Notes*, 89(6), 801-822.
- Montoro Zulueta, Begoña. (2013). La Disputa Fiscal entre EE.UU. y Suiza. *Boletín Económico del ICEX*, 3045.
- Moreno González, Saturnina. (2013). Nuevas Tendencias en Materia de Intercambio Internacional de Información Tributaria: Hacia un Mayor y Más Efectivo Intercambio Automático de Información. *Crónica Tributaria*, 146/2013`, 28.
- Morgan, Kimberly J. (2013). America's misguided approach to social welfare: how the country could get more for less. *Foreign Affairs*, 92(1).
- Morriss, Andrew P., & Moberg, Lotta. (2012). Cartelizing Taxes: Understanding the OECD's Campaign against "Harmful Tax Competition". *Columbia Journal of Tax Law*, 4, 64.
- Morse, Susan C. (2013). Why FATCA Intergovernmental Agreements Bind the U.S. Government. *Tax Analisist*.
- Moynihan, Donald, & Roberts, Alasdair. (2010). The Triumph of Loyalty Over Competence: The Bush Administration and the Exhaustion of the Politicized Presidency. *Public Administration Review*, 70(4), 572-581,522.
- Newman, Alex. (2014). A New World Tax Regime. *The New American*, 30(8), 19-24.
- Nordic Mutual Assistance Treaty Convention (1989).
- O'Neill, Paul (2001). [Statement of Treasury Secretary Paul O'Neill on OECD Tax Havens Project].
- OECD. (1987). *International tax avoidance and evasion: four related studies*. Paris: Organization for Economic Co-operation and Development OECD Publications and Information Centre
- OECD. (1998). Harmful Tax Competition.
- OECD. (2000). Towards Global Tax Co-operation.
- OECD. (2002). *The OECD's Project on Harmful Tax Practices The 2001 Progress Report*. Paris: OECD Publishing.
- OECD. (2007). Tax Co-operation: Towards a Level Playing Field.
- OECD. (2010). Promoting transparency and Exchange of Information for Tax Purposes.
- OECD. (2011). Tax Reform Trends in OECD Countries.
- OECD. (2013a). Action Plan on base Erosion and Profit shifting.
- OECD. (2013b). *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*.
- OECD. (2013c). A Step Change in Tax Transparency. OECD Report for the G8 Summit Lough Erne, Enniskillen, June 2013: OECD.
- OECD. (2014a). *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*.
- OECD. (2014b). *Standard for Automatic Exchange of Financial Account information in Tax Matters*.
- OECD. (2014c). Tax Transparency 2014 Report on Progress.
- OECD. (2015). Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. Nota explicativa.
- OECD, BMZ, & ITC. (2013). *Tax and development aid modalities for strengthening tax systems*. Paris.

- OECD Global Forum. (2003). OECD Global Forum on Taxation, Ottawa, 14-15 October.
- Minutes of Sessions of Fiscal Committee (1956).
- OEEC Fiscal Committee. (1958). *The Elimination of Double Taxation: Report of the Fiscal Committee of the O.E.E.C.*: O.E.E.C.
- Organization for International Investment (2010). [Re: Comments concerning regulations to be issued implementing the FATCA].
- Oxfam. (2000). Tax Havens: Releasing the Hidden Billions for Poverty Eradication.
- Oxfam. (2009). Tax haven crackdown could deliver \$120bn a year to fight poverty
- Palan, R. (2002). Tax havens and the commercialization of state sovereignty. *International Organization*, 56(1), 151-+.
- Palan, Ronen. (2002). Tax Havens and the Commercialization of State Sovereignty. *International Organization*, 56(1), 151-176.
- Palan, Ronen, Murphy, Richard, & Chavagneux, Christian. (2009). *Tax Havens - How Globalization Really Works*
- Palan, Ronen, & Wigan, Duncan. (2014). Herding Cats and Taming Tax Havens: The US Strategy of 'Not In My Backyard'. *Global Policy*, 5(3), 334-343. doi: 10.1111/1758-5899.12135
- Park, Yoon-Shik. (2011). *Developing an International Financial Center to Modernize the Korean Service Sector*.
- Pecho Trigueros, Miguel Eduardo. (2014). *Automatic exchange of information: towards a new global standard of tax transparency / El intercambio automático de información: hacia el nuevo estándar de transparencia fiscal internacional*. *Derecho PUCP*.
- Picciotto, Sol. (1992). *International business taxation : a study in the internationalization of business regulation*. New York: Quorum Books.
- Pita, Claudino. (2008). *Exchanging tax information as a tool to curb unfair competition at the international level*.
- Prem, Sikka. (2008). Enterprise culture and accountancy firms: new masters of the universe. *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, 21(2), 268-295. doi: 10.1108/09513570810854437
- Radaelli, Claudio M. (1999). Harmful Tax Competition in the EU: Policy Narratives and Advocacy Coalitions. *JCMS: Journal of Common Market Studies*, 37(4), 661-682. doi: 10.1111/1468-5965.00201
- Rector, Robert. (2015). Poverty and the Social Welfare State in the U.S. and Other Nations. *Heritage Foundation*.
- Republican National Committee. (2014). *Resolution to Repeal the Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)*.
- Riedel, Nadine. (2010). Tax Evasion and Tax Avoidance in Developing Countries: The Role of International Profit Shifting (Vol. 1012).
- Rixen, Thomas. (2008). *The Political Economy of International Tax Governance*.
- Rixen, Thomas, & Schwarz, Peter. (2012). How Effective is the European Union's Savings Tax Directive? Evidence from Four EU Member States*. *JCMS: Journal of Common Market Studies*, 50(1), 151-168. doi: 10.1111/j.1468-5965.2011.02213.x
- Robben, Henry S. J., Webley, Paul, Weigel, Russell H., Wärneryd, Karl-Erik, Kinsey, Karyl A., Hessing, Dick J., . . . Scholz, John T. (1990). Decision frame and opportunity as determinants of tax cheating: An international experimental study. *Journal of Economic Psychology*, 11(3), 341-364. doi: 10.1016/0167-4870(90)90017-4

- Rogers, Danny. (2012). Starbucks' tax bill. *PR Week*, 14-15.
- Rosembuj, Tulio. (1999). La competencia fiscal lesiva. *Impuestos*.
- Rosembuj, Tulio. (2012). *Principios Globales de Fiscalidad Internacional*.
- Rosenbloom, H. David. (2000). The David R. Tillinghast Lecture International Tax Arbitrage and the "International Tax System". *Tax Law Review*, 53, 137-615.
- Rosenbloom, H. David, & Langbein, Stanley I. (1981). United States tax treaty policy: an overview. *Columbia Journal of Transnational Law*, 19(3), 359-406.
- Rosenzweig, Adam H. (2010). Why are there tax havens?(Travel narrative). *William and Mary Law Review*, 52(3), 923.
- Ryan, Paul (2011). [Rep. Paul Ryan, RWis., Delivers Remarks at the Heritage Foundation - Final].
- Sage, Thomas A. (1998). Between a Rock and a Hard Place: The Legal and Moral Juxtaposition of Switzerland's Bank Secrecy Laws as Illustrated by the Revelation of Nazi-Era Accounts. *Hous. J. Int'l L.*, 21, 117.
- Sanyal, Sanjeev (2014). Mapping the World's Financial Markets: Deutsche Bank.
- Sawicky, Max (2005). *Bridging the Tax Gap: Addressing the Crisis in Federal Tax Administration*. Washington, D.C.: Economic Policy Institute.
- Sawyer, Adrian. (2014). Comparing the Swiss and United Kingdom cooperation agreements with their respective agreements under the Foreign Account Tax Compliance Act. *eJournal of Tax Research*, 12(2), 285-318.
- Scott, D. Shimick. (2014). Heisenberg's Uncertainty: An Analysis of Criminal Tax Pretextual Prosecutions in the Context of Breaking Bad's Notorious Anti-Hero. *Tulsa Law Review*, 50, 43-671.
- Scott, Michel. (2010). Undeclared Foreign Accounts- Voluntary Disclosures And FBARs After The IRS Settlement Initiative.
- Šemeta, Algirdas (EU Commissioner for Taxation and Customs Union, Audit and Anti- Fraud) (2011). [Reaching a Level Playing Field for Taxation across Europe (SPEECH/11/709)].
- Sharman, Jason C. (2006a). *Havens in a storm : the struggle for global tax regulation*. Ithaca: Cornell University Press.
- Sharman, Jason C. (2006b). Norms, coercion and contracting in the struggle against 'harmful' tax competition. *Australian Journal of International Affairs*, 60(1), 143-169. doi: 10.1080/10357710500494622
- Shashoua, Michael. (2014). Putting Fatca in Perspective. *Waters*, 35.
- Sheppard, Lee A. (2015). EU Amazon case: is transfer pricing really the issue? *Tax Notes*, 146(4), 452-459.
- Sikka, Prem, & Willmott, Hugh. (2013). The tax avoidance industry: accountancy firms on the make. *Critical Perspectives on International Business*, 9(4), 415-443.
- Slaughter, Anne-Marie. (2003). Global Government Networks, Global Information Agencies, and Disaggregated Democracy. *Michigan Journal of International Law*, 24.
- Slaughter, Anne-Marie. (2004). *A new world order*. Princeton, N.J.: Princeton University Press.
- Slemrod, Joel, Blumenthal, Marsha, & Christian, Charles. (2001). Taxpayer response to an increased probability of audit: evidence from a controlled experiment in Minnesota. *Journal of Public Economics*, 79(3), 455-483. doi: 10.1016/S0047-2727(99)00107-3

- Springer, James. (1988). An Overview Of International Evidence And Asset Gathering I. *The George Washington Journal of International Law and Economics*, 22(2), 277.
- Steinmo, Sven. (2003). The evolution of policy ideas: tax policy in the 20 th century. *British Journal of Politics & International Relations*, 5(2), 206-236. doi: 10.1111/1467-856X.00104
- Sullivan, Martin A. (2004). Data Show Dramatic Shift Of Profits to Tax Havens. *Tax Notes*.
- Sullivan, Martin A. (2007). Lessons from the last war on tax havens. *Tax Notes*, 116(5), 327-337.
- Swiss Federal Council. (2013). Report on International Financial and Tax Matters 2013
- Tanzi, Vito. (1999). Is there a need for a world tax organization? *The Economics of Globalization. Policy Perspectives from Public Economics*. Razin A, Sadka E (pp. 173-186). Cambridge: Cambridge University Press, 173–186.
- Tanzi, Vito. (2000). Globalization, Technological Developments and the Work of Fiscal Termite. *International Monetary Fund Working Paper*.
- Tanzi, Vito. (2002). Globalization and the Future of Social Protection. *Scottish Journal of Political Economy*, 49(1), 12.
- Tanzi, Vito, & Zee, Howell. (2000). Taxation in a Borderless World: The Role of Information Exchange. *Intertax*, 28, 6.
- Tanzi, Vito, & Zee, Howell. (2001). La política tributaria en los países en desarrollo: IMF.
- Tax Justice Network. (2005). The Price of Offshore.
- Tax Justice Network. (2007). Identifying Tax Havens and Offshore Finance Centres.
- Tax Justice Network. (2011). The UK-Swiss tax agreement: doomed to fail.
- Tax Justice Network. (2012). <http://taxjustice.blogspot.ch/2012/09/press-releases-italy-belgium-greece.html>
- Press Releases: Italy, Belgium, Greece must not sign "Rubik" tax deals with Switzerland. They are a swindle. from <http://taxjustice.blogspot.ch/2012/09/press-releases-italy-belgium-greece.html>
- Terveer, Callyn H. . (2015). Desperate Times Call for Desperate Measures: The Cost to Multinational Corporations of Implementing FATCA. *Houston business and tax law journal*, 15, 300-329.
- The American Law Institute. (1987). *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*.
- The Boston Consulting Group. (2013). Global Wealth 2013. Maintaining Momentum in a Complex World.
- Tax Administrative Assistance Act - Switzerland (2012).
- Tiebout, Charles M. (1956). A Pure Theory of Local Expenditures. *The Journal of Political Economy*, 64(5), 416. doi: 10.1086/257839
- Twight, Charlotte. (1995). Evolution of Federal Income Tax Withholding: The Machinery of Institutional Change. *The Cato Journal*, 14(3), 359.
- U.S. Department of Commerce. (2000). Guide to the Caribbean Basin Initiative Finance (No. 2) Bill 193 (2015).
- Agreement between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Swiss Confederation on Cooperation in the area of Taxation (2011).
- Valkama, Maria. (2013). The Nordic Mutual Assistance Convention. In L'nde (Ed.), *Exchange of Information for Tax Purposes*.

- ValueWalk. (2016). FATCA has brought in just \$13.5 billion in revenue on a cost of \$1 trillion.
- Van Fossen, Anthony B. (2003). Money Laundering, Global Financial Instability, and Tax Havens in the Pacific Islands. *The Contemporary Pacific*, 15(2), 237-275. doi: 10.1353/cp.2003.0058
- Vega, Alberto. (2012). International governance through soft law: The case of the OECD transfer pricing guidelines (Vol. 163).
- Verdier, Pierre-Hugues. (2010). Transnational Regulatory Networks and their Limits. *The Yale Journal of International Law*.
- Washington University Journal of Law & Policy. (2014). Conceptualizing a new institutional framework for international taxation. *Washington University Journal of Law & Policy*.
- Webb, Michael. (2011). Defining the Boundaries of Legitimate State Practice: Norms, Transnational Actors and the OECD's Project on Harmful Tax Competition *Review of International Political Economy*. doi: 10.1080/0969229042000279801
- Wright, Joanna. (2014). Are Firms Ready For Fatca 2.0? *Inside Reference Data*, 9(7), 12-13.
- Zavaleta Álvarez, Michael, & Speer, Andrew. (2012). FATCA: Entre la Búsqueda de los “Peces Gordos” y los Límites Jurídicos de América Latina en la Fiscalidad Internacional. *Revista Peruana de Derecho Tributario*, Año 6 / No. 17.
- Zdanowicz, John (2004). Who's Watching Our Back Door?
- Zoromé, Ahmed. (2007). Concept of Offshore Financial Centers: In Search of an Operational Definition. *IMF Working Paper*.
- Zucman, Gabriel. (2013). The missing wealth of nations: Are Europe and the U.S. net debtors or net creditors?(Report). *Quarterly Journal of Economics*, 128(3), 1321.
- Zucman, Gabriel. (2014). Taxing across borders: tracking personal wealth and corporate profits. *Journal of Economic Perspectives*, 28(4), 121-148.

ANEXOS

Glosario de términos

Sistema fiscal internacional: conjunto de reglas o principios derivados principalmente de políticas e instrumentos procedentes de países, organizaciones supranacionales y organizaciones internacionales que pretenden regular las relaciones internacionales en materia fiscal.

Paraíso fiscal o CFO: aquellas jurisdicciones que utilizan su capacidad normativa para diseñar sistemas legales favorables para multinacionales y riqueza, generalmente no residentes, facilitadores de (i) la ocultación de sus inversiones a las respectivas administraciones tributarias y/o (ii) de operaciones mercantiles, contables o financieras que permitan reducir o anular la carga impositiva de sus bases imponibles.

Competencia fiscal: Ajuste fiscal de impuestos interactivo y estratégico llevado a cabo por gobiernos independientes no cooperativos.

Redes de Regulación Transnacional: Desagregación de los Estados en la conducción de sus relaciones internacionales. Agencias gubernamentales individuales y actores negocian directamente con sus contrapartes extranjeras y alcanza entendimientos informales en sus áreas de responsabilidad, la experiencia y la desvinculación de presiones políticas domésticas les permiten resolver problemas que las organizaciones internacionales tradicionales no son capaces de solventar.

Convenio de Doble Imposición: Acuerdo entre dos países para regular las disputas sobre fiscalización de operaciones internacionales entre estos dos países y que pretende dar alivio a los contribuyentes para los casos de doble imposición. Supone una cesión de soberanía reglada por parte de los países.

Modelo de Convenio: Instrumento que sirve como punto de partida de negociaciones bilaterales para firmar un Convenio de Doble Imposición y que resuelve la problemática técnica de la negociación, dejando los problemas distributivos, más complejos y divergentes por naturaleza a la negociación diplomática de los países. Ejemplo de medida multilateral, aceptada por una multitud de países como estándares, pero sin capacidad de vinculación ni ejecución.

Actor Internacional: Entidad funcional con habilidad de movilizar recursos para la consecución de determinados objetivos y capacidad para ejercer influencia sobre el comportamiento de otros actores del sistema internacional. Por tanto los requisitos son de tipo funcional, comportamiento de los actores y capacidad de influencia, frente a requisitos de tipo jurídico, principalmente referido a los Estados soberanos, lo que enlaza con una de las principales características de los actores internacionales, que es la diversidad. Con el relevo de la soberanía por la autonomía conquistamos la posibilidad de considerar como actores internacionales a categorías muy diversas, con diferentes grados de autonomía (jerarquía). García Segura.

Trust: Relación entre varias personas y/o elementos, que se configura como un mecanismo en el que el “*trustee*” gestiona un patrimonio para uno o más beneficiarios. El “*settlor*” o “*trustor*” es la persona que crea el “Trust”. El beneficiario es la persona que posee el “*equitable title*” o derecho al beneficio y en consecuencia recibe los beneficios de la gestión del patrimonio. Existe una relación fiduciaria entre el “*trustee*” y el beneficiario.

Anstalt: Tipo de sociedad formada por uno o más individuos o personas jurídicas que es reconocido jurídicamente solo en Liechtenstein, única jurisdicción en la que puede ser creada. Muy usada por no residentes como sociedad holding y para otros negocios no relacionados con Liechtenstein. Aunque tiene características de sociedades mercantiles, el Anstalt se asemeja al Trust, por ejemplo en el hecho de que puede tener beneficiarios. Algunas características del Anstalt son que el capital generalmente no está dividido en acciones o que los beneficiarios pueden tener diversos grados de control sobre los activos (incluso nulo).

Offshore: adjetivo utilizado para referirse a actividades, negocios, bancos, cuentas y demás activos que se localizan en territorios y/o países con diferentes normas fiscales y mercantiles con el objetivo de pagar menos impuestos. También se utiliza para definir a los países y/o territorios que ofrecen tales normas fiscales y mercantiles.

Organizaciones Internacionales: Instituciones con miembros de al menos tres Estados diferentes y con actividad esparcidas internacionalmente cuya existencia y gobierno emana de un acuerdo formal. Pueden ser gubernamentales, cuyos socios son los Estados o no gubernamentales cuyos miembros son asociaciones o individuos.

Spillovers: efectos negativos como pérdidas o daños en un país por las normas o prácticas de terceros países. En el ámbito fiscal se refiere a los daños causados en ciertos países por el efecto de la competencia fiscal entre estos.

Loophole: Tecnicismo legal que permite a contribuyentes eludir un impuesto sin violar estrictamente la ley.

Subpart F: Introducido en el Código Fiscal de los EE.UU. (IRC) en 1962, regula la imposición sobre ingresos de la CFC (*Controlled Foreign Company* o Sociedades Extranjeras Controladas) estableciendo que ciertos tipos de ingresos (normalmente de tipo pasivo), aunque no sean efectivamente repartidos deben ser incluidos en la renta de los socios en el mismo ejercicio en que dicho ingreso se ha producido.

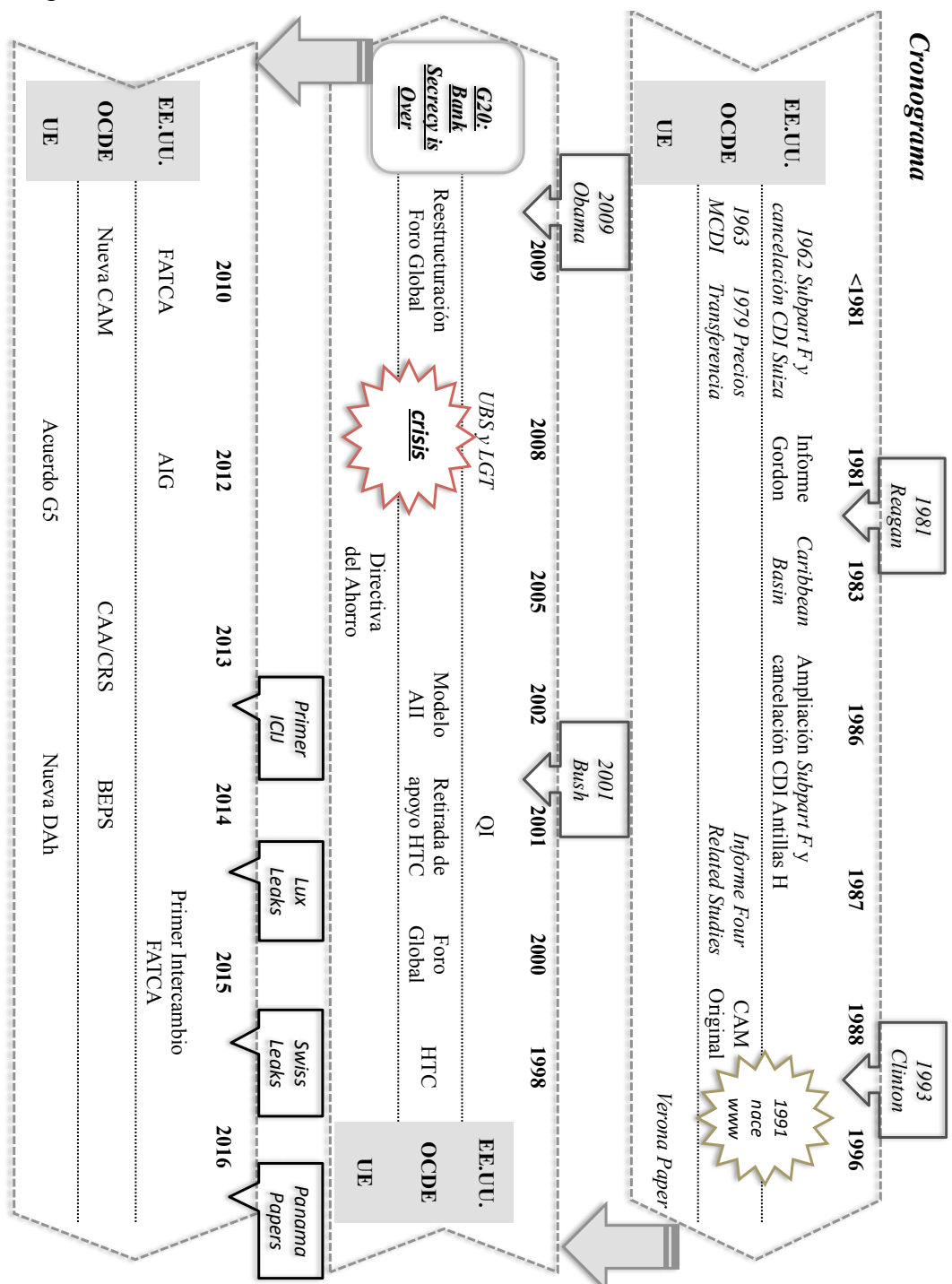
Lista de Países Firmantes de IGA

Intergovernmental Agreement (IGA) as having an IGA in Effect			
Jurisdiction	Status	& Related Agreements or Exchanges	
Algeria	Signed	Model 1	6-30-2014
Angola	Signed	Model 1	11-30-2014
Antigua and Barbuda	Agreement in Substance	Model 1	6-30-2014
Armenia	Agreement in Substance	Model 2	6-30-2014
Australia	In Force (6-30-2014)	Model 1	6-30-2014
Austria	In Force (12-9-2014)	Model 2	6-30-2014
Azerbaijan	In Force (11-5-2015)	Model 1	6-30-2014
Bahamas	In Force (9-17-2015)	Model 1	6-30-2014
Bahrain	Agreement in Substance	Model 1	6-30-2014
Barbados	In Force (9-25-2015)	Model 1	6-30-2014
Belarus	In Force (7-29-2015)	Model 1	6-30-2014
Belgium	Signed	Model 1	6-30-2014
Bermuda	In Force (8-19-2014)	Model 2	6-30-2014
Brazil	In Force (6-26-2015)	Model 1	6-30-2014
British Virgin Islands	In Force (7-13-2015)	Model 1	6-30-2014
Bulgaria	In Force (6-30-2015)	Model 1	6-30-2014
Cabo Verde	Agreement in Substance	Model 1	6-30-2014
Cambodia	Signed	Model 1	11-30-2014
Canada	In Force (6-27-2014)	Model 1	6-30-2014
Cayman Islands	In Force (7-1-2014)	Model 1	6-30-2014
Chile	Signed	Model 2	6-30-2014
China	Agreement in Substance	Model 1	6-30-2014
Colombia	In Force (8-27-2015)	Model 1	6-30-2014
Costa Rica	Signed	Model 1	6-30-2014
Croatia	Model 1	Model 1	6-30-2014
Curaçao	Signed	Model 1	6-30-2014
Cyprus	In Force (9-21-2015)	Model 1	6-30-2014
Czech Republic	In Force (12-18-2014)	Model 1	6-30-2014
Denmark	In Force (9-30-2015)	Model 1	6-30-2014
Dominica	Agreement in Substance	Model 1	6-30-2014
Dominican Republic	Agreement in Substance	Model 1	6-30-2014
Estonia	In Force (7-9-2014)	Model 1	6-30-2014
Finland	In Force (2-20-2015)	Model 1	6-30-2014
France	In Force (10-14-2014)	Model 1	6-30-2014
Georgia	Signed	Model 1	6-30-2014
Germany	In Force (12-11-2013)	Model 1	6-30-2014
Gibraltar	In Force (9-17-2015)	Model 1	6-30-2014
Greece	Agreement in Substance	Model 1	11-30-2014
Greenland	Agreement in Substance	Model 1	6-30-2014
Grenada	Agreement in Substance	Model 1	6-30-2014
Guernsey	In Force (8-26-2015)	Model 1	6-30-2014
Guyana	Agreement in Substance	Model 1	6-30-2014
Haiti	Agreement in Substance	Model 1	11-30-2014
Holy See	In Force (6-10-2015)	Model 1	6-30-2014
Honduras	In Force (2-19-2015)	Model 1	6-30-2014
Hong Kong	Signed	Model 2	6-30-2014
Hungary	In Force (7-16-2014)	Model 1	6-30-2014
Iceland	In Force (9-22-2015)	Model 1	11-30-2014
India	In Force (8-31-2015)	Model 1	6-30-2014
Indonesia	Agreement in Substance	Model 1	6-30-2014
Iraq	Agreement in Substance	Model 2	6-30-2014
Ireland	In Force (4-2-2014)	Model 1	6-30-2014
Isle of Man	In Force (8-26-2015)	Model 1	6-30-2014
Israel	Signed	Model 1	6-30-2014
Italy	In Force (8-17-2015)	Model 1	6-30-2014
Jamaica	In Force (9-24-2015)	Model 1	6-30-2014

Intergovernmental Agreement (IGA) as having an IGA in Effect			
Jurisdiction	Status	& Related Agreements or Exchanges	
Japan	In Effect (6-11-2013)	Model 2	6-30-2014
Jersey	In Force (10-28-2015)	Model 1	6-30-2014
Kazakhstan	Agreement in Substance	Model 1	11-30-2014
Kosovo	In Force (11-4-2015)	Model 1	6-30-2014
Kuwait	In Force (1-28-2016)	Model 1	6-30-2014
Latvia	In Force (12-15-2014)	Model 1	6-30-2014
Liechtenstein	In Force (1-22-2015)	Model 1	6-30-2014
Lithuania	In Force (10-7-2014)	Model 1	6-30-2014
Luxembourg	In Force (7-29-2015)	Model 1	6-30-2014
Macao	Agreement in Substance	Model 2	11-30-2014
Malaysia	Agreement in Substance	Model 1	6-30-2014
Malta	In Force (6-26-2014)	Model 1	6-30-2014
Malurtius	In Force (8-29-2014)	Model 1	6-30-2014
Mexico	In Force (4-10-2014)	Model 2	6-30-2014
Moldova	Signed	Model 2	6-30-2014
Montenegro	Agreement in Substance	Model 1	11-30-2014
Montserrat	Signed	Model 1	6-30-2014
Netherlands	In Force (4-9-2015)	Model 1	6-30-2014
New Zealand	In Force (7-3-2014)	Model 1	6-30-2014
Nicaragua	Agreement in Substance	Model 2	6-30-2014
Norway	In Force (1-27-2014)	Model 1	6-30-2014
Parana	Signed	Model 1	6-30-2014
Paraguay	Agreement in Substance	Model 2	6-30-2014
Peru	Agreement in Substance	Model 1	6-30-2014
Philippines	Signed	Model 1	11-30-2014
Poland	In Force (7-1-2015)	Model 1	6-30-2014
Portugal	Signed	Model 1	6-30-2014
Qatar	In Force (6-23-2015)	Model 1	6-30-2014
Romania	In Force (11-3-2015)	Model 1	6-30-2014
San Marino	Signed	Model 2	6-30-2014
Saudi Arabia	Agreement in Substance	Model 1	6-30-2014
Serbia	Agreement in Substance	Model 1	6-30-2014
Seychelles	Agreement in Substance	Model 1	6-30-2014
Singapore	In Force (3-28-2015)	Model 1	6-30-2014
Slovak Republic	In Force (11-9-2015)	Model 1	6-30-2014
Slovenia	In Force (7-1-2014)	Model 1	6-30-2014
South Africa	In Force (10-28-2014)	Model 1	6-30-2014
South Korea	Signed	Model 1	6-30-2014
Spain	In Force (12-9-2013)	Model 1	6-30-2014
St. Kitts and Nevis	Signed	Model 1	6-30-2014
St. Lucia	Signed	Model 1	6-30-2014
St. Vincent and the Grens	Signed	Model 1	6-30-2014
Sweden	In Force (3-1-2015)	Model 1	6-30-2014
Switzerland	In Force (6-2-2014)	Model 2	6-30-2014
Taiwan*	Agreement in Substance	Model 2	6-30-2014
Thailand	Signed	Model 1	6-30-2014
Trinidad and Tobago	Agreement in Substance	Model 1	11-30-2014
Tunisia	Agreement in Substance	Model 1	11-30-2014
Turkey	Signed	Model 1	6-30-2014
Turkmenistan	Agreement in Substance	Model 1	6-30-2014
Turks and Caicos Islands	Signed	Model 1	6-30-2014
Ukraine	Agreement in Substance	Model 1	6-30-2014
United Arab Emirates	Signed	Model 1	6-30-2014
United Kingdom	In Force (8-11-2014)	Model 1	6-30-2014
Uzbekistan	Signed	Model 1	6-30-2014
Vietnam	Signed	Model 1	6-30-2014
TOTAL JURISDICTIONS	113		N/A**

Fuente: <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA.aspx>

Cronograma



Fuente: Elaboración propia

Diagramas del funcionamiento (básico) de diversas operaciones de evasión y elusión fiscal internacional

Diagrama de funcionamiento de los precios de transferencia:

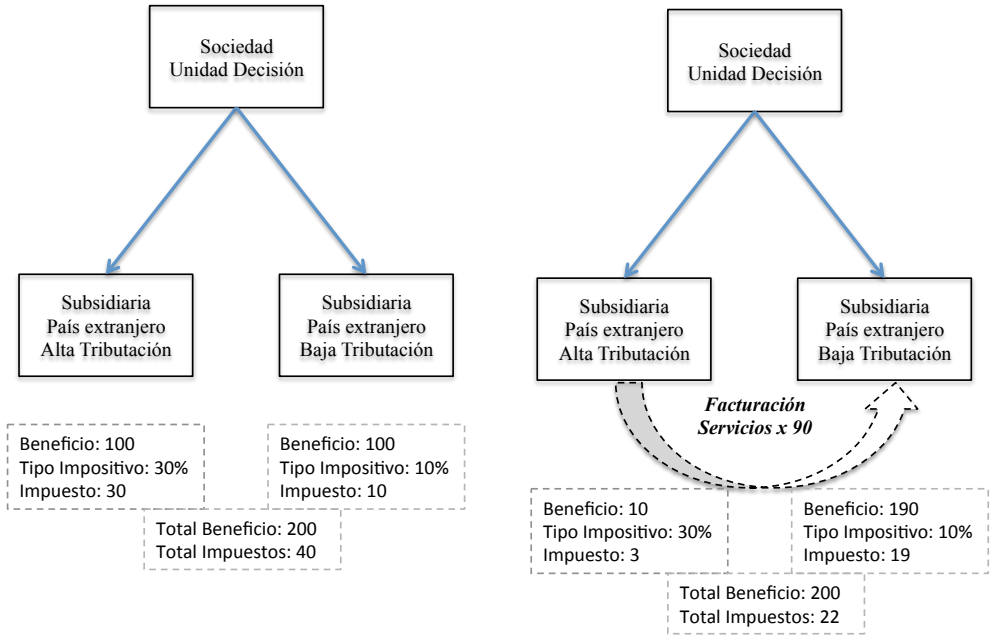


Diagrama de funcionamiento de la subcapitalización:

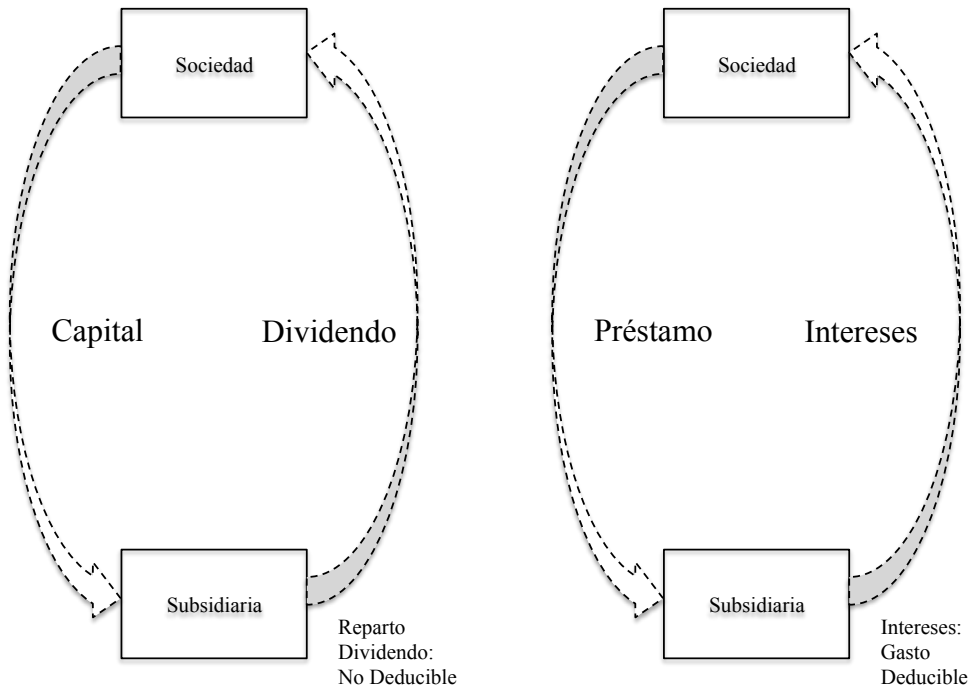


Diagrama de funcionamiento de la CFC y la transparencia fiscal internacional:

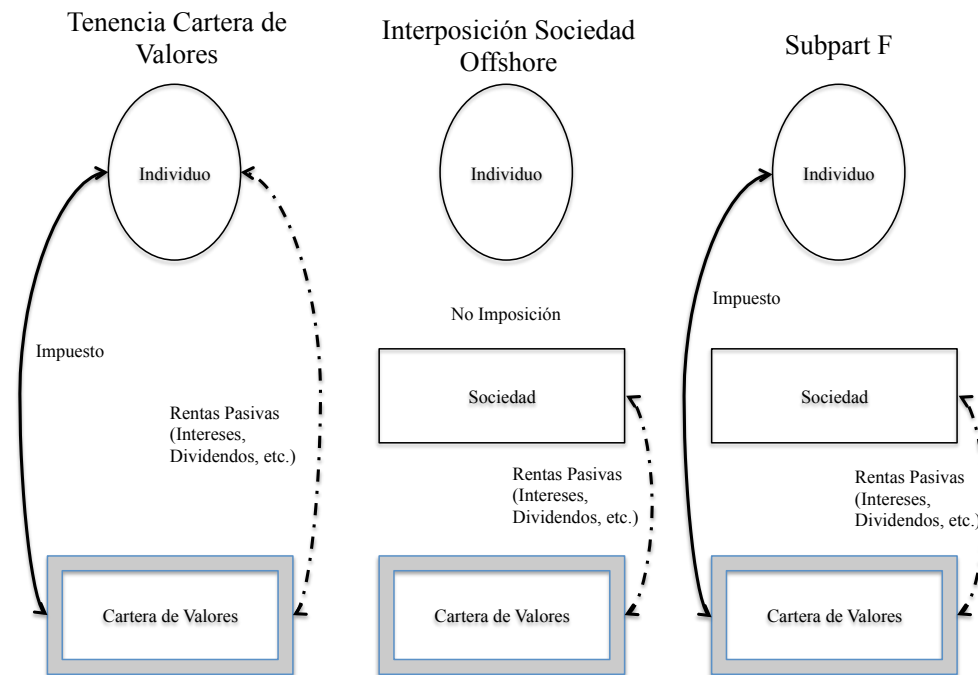


Diagrama de funcionamiento del Treaty Shopping sobre patentes:

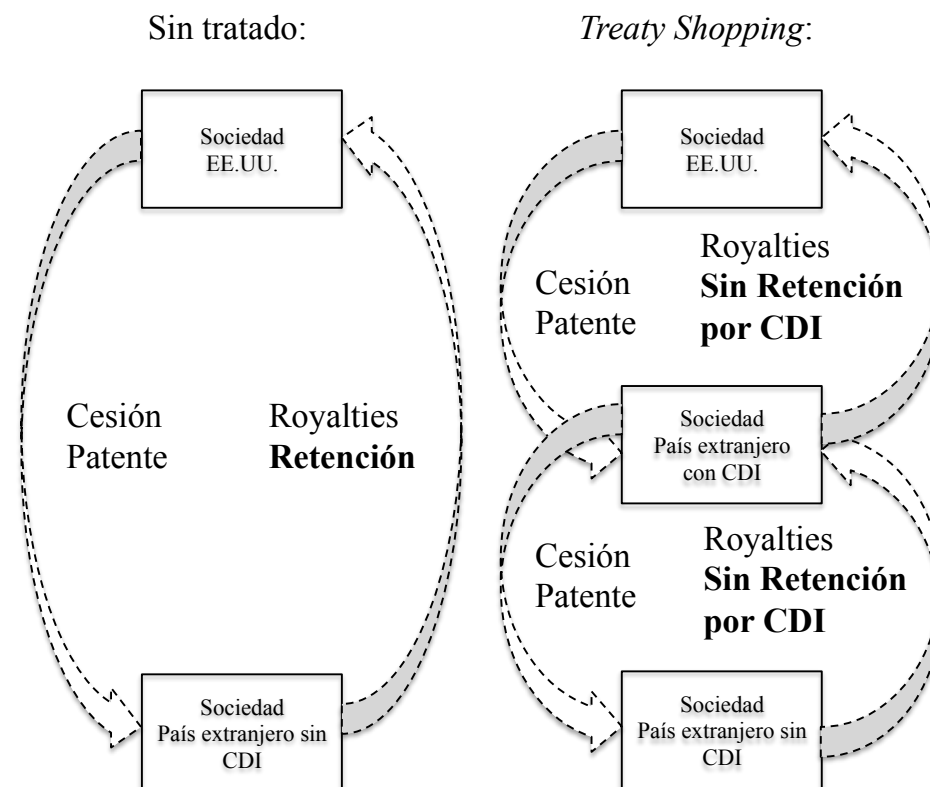


Diagrama de funcionamiento del Treaty Shopping sobre préstamos (caso Aiken):

